

Javier Barcelona Llop
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales *

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA COMPLEJIDAD DEL MODELO POLICIAL ESPAÑOL Y LA UNIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: PLANTEAMIENTO GENERAL Y ALGUNOS SUPUESTOS SINGULARES. EN CONCRETO, LAS UNIDADES DEL CUERPO NACIONAL DE POLICIA ADSCRITAS A LAS CCAA Y LA GUARDIA CIVIL EN EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE NATURALEZA MILITAR. III. CONTINUACION: EL CASO DE LAS UNIDADES ORGANICAS DE POLICIA JUDICIAL. UNA RESPUESTA DIFERENTE. 1. Planteamiento. 2. ¿Responsabilidad patrimonial de la Administración en virtud del régimen común o responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia? IV. EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO DE POLICIA DE SEGURIDAD. V. LA RELACION DE CAUSALIDAD Y LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA DE LA VICTIMA. VI. DEDICACION PROFESIONAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. DAÑOS CAUSADOS POR FUNCIONARIOS DE POLICIA FUERA DE SERVICIO. 1. Aproximación a la situación de dedicación profesional o servicio permanente. 2. Soluciones contradictorias en la jurisprudencia contenciosa sobre responsabilidad de la Administración y dedicación profesional. El tema de los daños causados por funcionarios fuera de servicio. VII. ALGO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. El fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas por los delitos o fal-

* Este trabajo se corresponde parcialmente con el que publiqué en el número 2 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1993, pp. 51 a 134, bajo el título de «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Que ahora ofrezca de él esta versión se debe a la amable invitación de que Luis MARTÍN REBOLLO me ha hecho objeto para participar en este número monográfico. Por relación al estudio originario, que forzosamente había que reconducir a dimensiones más razonables, el presente prescinde de las aproximaciones de Derecho comparado, numerosas notas a pie de página han sido eliminadas y el propio texto ha sufrido una labor de poda de cierta importancia en algunos casos. Aunque he actualizado algo las referencias jurisprudenciales, no me ha parecido oportuno complementarlo con la abundantísima doctrina legal del Consejo de Estado recaída en los últimos años sobre la materia, pues creo que merece un análisis detenido y monográfico que no es de este lugar.

tas cometidas por los miembros de las fuerzas de seguridad. 3. Responsabilidad civil subsidiaria por delitos cometidos en actos de servicio. 4. Responsabilidad civil subsidiaria por delitos cometidos fuera del servicio ordinario. 5. ¿No incide de algún modo el sistema de responsabilidad directa y objetiva en el régimen de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración previsto en el Código Penal? VIII. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

Ninguna duda cabe de que en la cláusula legal de imputación propia del sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento encajan perfectamente los daños ocasionados por las actuaciones policiales aunque el de policía de seguridad no constituya un servicio público en el sentido que técnicamente corresponde al concepto¹. La interpretación que tempranamente diera GARCÍA DE ENTERRÍA a la expresión legal de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, equiparándola con el giro o tráfico administrativo o, simplemente, con la actividad de la Administración, excusa cualquier otro argumento tendente a justificar el aserto anterior². Y, sin embargo, la consulta de los repertorios jurisprudenciales pone de manifiesto que a lo largo del proceso de afianzamiento en España del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas apenas se encuentran sentencias en las que el TS aborde su aplicación a la actuación de las fuerzas de seguridad. De hecho, no es sino hasta los años ochenta cuando, al menos a la vista de la jurisprudencia producida, la Administración comienza a responder patrimonialmente y con normalidad por los daños derivados de las acciones policiales.

En efecto, y al margen de los contados casos en los que tras la promulgación de la LEF y de la LRJAE se tuvo en cuenta la vieja y restrictiva Ley de 31 de diciembre de 1945³, hasta finales de la década

¹ Vid. J. BARCELONA LLOP, *Régimen jurídico de la policía de seguridad*, Oñati, HAAE/IVAP, 1988, pp. 81 y ss. Lo que se dice en el texto toma como punto de partida una comprensión estricta de la noción de servicio público y no la amplia que se encuentra en la base de las construcciones de la Escuela de Burdeos. Sobre este último extremo y en la literatura reciente, *vid.*, por todos, L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núms. 100-102, vol. III, 1983, pp. 2471 y ss.

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, publicada inicialmente en forma de libro por el Instituto de Estudios Políticos en 1955 (antes en *ADC*, tomo VIII, fascículo 4, 1955, pp. 1023 y ss.) y reeditado facsimilarmente por Civitas, 1984, que es la edición que se maneja, pp. 199-200.

³ Sentencias de 15 de marzo de 1963 (Arz. 2135), 15 de octubre de 1964 (Arz. 4909) y 22 de enero de 1970 (Arz. 180), todas ellas de lo contencioso-administrativo. Añádase al repertorio la de la Sala de lo Social de 18 de mayo de 1951 (Arz. 1280), que cita J. L. CARRO, «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa», *RAP*, núms. 100-102, vol. II, 1983, p. 1189. Además de en este último trabajo, referencias a la Ley de 31 de diciembre de 1945 en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., p. 182; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 408-409. Lo que parece claro es que, además de la mayor amplitud del régimen resarcitorio establecido en la LEF,

de los setenta los repertorios jurisprudenciales ofrecen en este punto el genuino aspecto de un páramo. Circunstancia que contrasta notablemente con las cifras que aporta L. MARTÍN REBOLLO cuando en 1977 publica su conocida monografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia ⁴, puesto que, y al margen del sesgo de las concretas soluciones, este autor contabiliza un total de 71 Sentencias de lo contencioso-administrativo del TS dictadas en materia de responsabilidad entre 1972 y junio de 1975, no siendo preciso, para lo que ahora interesa destacar, descender al cómputo de las producidas con anterioridad. Si el régimen legal de la responsabilidad era operativo y llegaba frecuentemente a los estrados del TS, otra cosa sucedía cuando aparecía la policía de seguridad, dado que hasta 1978 sólo se encuentran tres Sentencias en las que se analiza la responsabilidad derivada de los daños producidos por este servicio. Cita así J. L. CARRO, en su completo estudio sobre la materia, la Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (Arz. 5364) ⁵, pudiendo añadirse a ella las de 7 de junio de 1967 (Arz. 3117) y de 11 de marzo de 1977 (Arz. 1051), si bien la singular *fattispecie* de estas dos últimas impide considerarlas como representativas de la aplicación de las reglas de la LEF y de la LRJAE a un estricto supuesto de daños ocasionados por las fuerzas de seguridad en el desempeño de las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye aunque aquéllas estuvieran involucradas en la producción de la lesión ⁶. Hay, pues, un importante vacío que, como ha manifestado J. L. CARRO, está ahí para la interpretación político-sociológica de una época ⁷, pero que en este lugar no procede sino constatar. No nos preocupemos más por él ni le busquemos explicaciones, pero algunas preguntas surgen con absoluta fluidez: ¿es que durante tan dilatado período de tiempo la policía de seguridad prácticamente nunca produjo daños resarcibles?, y si los ocasionó, ¿acaso se llegaba, como regla, a acuerdos indemnizatorios en vía administrativa?, ¿o es que, por los motivos que fueran, los lesionados no reclamaban?

la Ley de 1945 quedó derogada por ella. Pero de esta circunstancia no se percató la jurisprudencia, ni tampoco el legislador puesto que la modificó el 8 de junio de 1957, si bien hay que precisar que esta modificación se refería solamente a aspectos procedimentales. En cualquier caso, y por si alguna duda pudiera quedar provocada por el objeto central de la regulación de la LEF, duda por cierto carente de toda justificación seria, es obvio que la LRJAE produjo automáticamente el mencionado efecto derogatorio sobre la de 31 de diciembre de 1945.

⁴ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977.

⁵ J. L. CARRO, *op. cit.*, pp. 1194-1195.

⁶ La Sentencia de 1967 versa sobre un inmueble ocupado ilegalmente por la Guardia Civil, mientras que la de 1977 se refiere a un accidente de circulación en el que intervino un vehículo de la Policía Armada, Sentencia esta última que, además de resucitar el viejo problema de las jurisdicciones, ha sido justamente criticada por la doctrina a la vista de la solución que da al caso; *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 39-41.

⁷ La reflexión de J. L. CARRO en p. 1190 de su trabajo citado.

Sólo será a partir de 1978 cuando comience a superarse la pertinaz sequía jurisprudencial que hasta entonces venía padeciéndose en este campo. En dicho año, el TS dicta las Sentencias de 4 y 31 de octubre (Arz. 3319 y 3989), la AN la de 12 de julio, confirmada luego por la STS de 2 de febrero de 1980 (Arz. 743) y ambas comentadas elogiosamente por S. MUÑOZ MACHADO⁸. A la incipiente cadena se enlazaron en seguida las Sentencias de 18 de febrero de 1980 (Arz. 735), la importante y justamente celebrada de 18 de enero de 1982 (Arz. 346)⁹, las de 30 de marzo, 16 de julio y 3 de diciembre de 1982 (Arz. 2356, 5443 y 7735), la de 13 de julio de 1983 (Arz. 4043) y, ya en 1984, las de 6 de marzo (Arz. 1749), 26 de marzo (Arz. 1754), 16 de abril (Arz. 2571), 23 de mayo (Arz. 4370), 13 de junio (Arz. 4374), 11 de octubre (Arz. 5098) y 28 de diciembre (Arz. 428, de 1985). En bien poco tiempo, como se ve, comenzó a cubrirse un importante vacío, abriéndose paso la idea de que la Administración pública también por los daños policiales puede y debe responder. Y repárese en que de las resoluciones recaídas entre 1980 y 1984 solamente una, la de 16 de abril de este último año, no declara el derecho al resarcimiento, pero no por cuestiones sustanciales, sino por el transcurso holgado del plazo de prescripción del artículo 40 LRJAE.

A este repertorio de decisiones, todas ellas de lo contencioso-administrativo, hay que añadir la Sentencia de 5 de julio de 1983 (Arz. 4068), en la que la Sala 1.ª del TS se declara competente en virtud de un criterio de elemental justicia material: evitar la prolongación del calvario procesal que venían sufriendo los recurrentes (diez años sin obtener una resolución de fondo), quienes se encontraban, por lo demás, en una situación de penuria material bastante acusada. Y aunque sea escapar por un momento de los estrictos cánones de la cronología, no quisiera pasar por alto que con posterioridad también la Sala de lo Civil del TS ha conocido de demandas de daños ocasionados por

⁸ S. MUÑOZ MACHADO, «La actualización de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración» y «Confirmada una nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de la Administración», ambos comentarios en *REDA*, núm. 19, 1978, y núm. 24, 1980, pp. 624 y ss. y 150 y ss., respectivamente.

⁹ La STS de 18 de enero de 1982 sigue siendo un inexcusable punto de referencia no sólo en lo que concierne a la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños policiales, sino también en la precisión misma de los parámetros legales de actuación de las fuerzas de seguridad y, en especial, de los del principio de proporcionalidad. El elogioso eco que la Sentencia ha tenido entre los autores está sobradamente justificado. *Vid.* J. L. CARRO, *op. cit.*, pp. 1200 y ss.; J. BARCELONA LLOP, *Régimen jurídico*, cit., pp. 305-306; «Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales», en el volumen colectivo *Policía y seguridad: análisis jurídico-público*, Oñati, HAEE/IVAP, 1990, pp. 62-63. Comentarios monográficos a la STS de 18 de enero de 1982 son los rubricados por G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos: la fijación del nexo causal cuando en la producción del daño concurre la acción de la víctima», *REDA*, núm. 34, 1982, pp. 490 y ss., y F. SEQUEIRA DE FUENTES, «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública con ocasión del uso de las armas por los agentes públicos», *RAP*, núm. 99, 1982, pp. 263 y ss.

las fuerzas policiales. Así, por ejemplo, la Sentencia de 12 de noviembre de 1985 (Arz. 5581) aplica el régimen de la responsabilidad establecido en la legislación administrativa a las lesiones derivadas de una conducta gravemente negligente de un miembro de la Guardia Civil ¹⁰; pero también se ha acudido en algún caso al artículo 1.903.5 CC, hoy derogado por la Ley 1/1991, de 13 de enero, como en la Sentencia de 27 de marzo de 1992 (Arz. 2336), que no obstante reconoce que el artículo 1.903.5 «había perdido efectividad a partir de lo establecido modernamente en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas».

Llegados hasta aquí, creo que puede afirmarse que es sobre mediados de la década de los ochenta cuando se consolida la aplicación del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración al campo de los daños policiales. Con los datos que suministra la jurisprudencia posterior se pueden analizar ya los términos de su concreta operatividad, puesto que desde 1985 hasta hoy las resoluciones no han dejado de producirse regularmente. Y es eso lo que en el presente trabajo se pretende acometer: un estudio de la jurisprudencia recaída a partir de aquel año en materia de policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, un recorrido por sus entresijos una vez que el tema está consolidado y se cuenta con datos suficientes para conocer su dinámica cotidiana. El período de tiempo seleccionado es algo más amplio cuando se trata de Sentencias penales, que inexcusablemente habrá que tener en cuenta, y todas las referencias se toman del repertorio Aranzadi.

¹⁰ La STS de 12 de noviembre de 1985 estima la competencia de la jurisdicción civil, rechazada por la Audiencia Territorial, aduciendo que la demanda se dirigía solidariamente contra el funcionario causante del daño y contra el Estado, si bien la condena se impone directamente al segundo en virtud del artículo 40 LRJAE. Por lo demás, esta Sentencia es considerada por A. M. LORCA NAVARRETE como la primera que reconoce la obligación del Estado de indemnizar a consecuencia de la producción de daños policiales (así, en su *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 1185-1186); a la vista de las referencias aportadas se comprueba fácilmente que no es así. Más aún, cuando la Sentencia de 12 de noviembre de 1985 se dicta puede considerarse que la aplicación del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños policiales estaba ya prácticamente consolidada en la vía contencioso-administrativa.

II. LA COMPLEJIDAD DEL MODELO POLICIAL ESPAÑOL Y LA UNIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: PLANTEAMIENTO GENERAL Y ALGUNOS SUPUESTOS SINGULARES. EN CONCRETO, LAS UNIDADES DEL CUERPO NACIONAL DE POLICIA ADSCRITAS A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LA GUARDIA CIVIL EN EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE NATURALEZA MILITAR

Si algo caracteriza al modelo policial español es su complejidad ¹¹. En él coexisten cuerpos nacionales, autonómicos y locales e incluso puede hablarse de la pervivencia, aunque no es exactamente así, de policías de base territorial distinta en los Territorios Históricos vascos que, tras la Ley vasca 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, subsisten como servicios de la Ertzaintza, con dependencia funcional de las respectivas Diputaciones forales y con los cometidos enumerados en el artículo 109 de la Ley ¹². Ahora bien, tal disparidad de cuerpos de policía en absoluto empuja a la existencia de un régimen jurídico unitario en lo concerniente al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de las que pueden depender fuerzas y cuerpos de seguridad. Constitucionalmente hablando, en dicho sistema no hay fisuras. Claramente se desprende así del artículo 149.1.18 CE, y así lo ha puesto de relieve la doctrina ¹³. Es más, por si alguna duda hubiera, el legislador se ha preocupado por disiparla: lo hace en los artículos 12.2 de la Ley del Proceso Autonómico y 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y más específicamente, por directamente referido a nuestro tema, en el artículo 5.6 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), precepto que consigna, entre el conjunto de los principios básicos de actuación de todas las fuerzas de policía que operan en el país, el de responsabilidad. Responsabilidad no sólo personal (penal y

¹¹ Sobre el particular he insistido en otras ocasiones; *vid. Régimen jurídico*, cit., pp. 176 y ss.; «Sobre las funciones y organización de las fuerzas y cuerpos de seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas», *RVAP*, núm. 29, 1991, pp. 39 y ss., especialmente.

¹² Sobre tal operación, *vid.* la STC 159/1993, de 6 de mayo (González Campos). Recuérdese, por otro lado y dicho sea incidentalmente, que la jurisprudencia constitucional recaída sobre las diversas leyes autonómicas de coordinación de las policías locales ha estimado contraria al bloque de la constitucionalidad (en el que el TC integra a la LOFCS) la previsión de la existencia de policías locales supramunicipales e incluso la prestación mancomunada del servicio de policía.

¹³ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, vol. II, cit., p. 364; L. MARTÍN-RETORTILLO, «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», *RVAP*, núm. 19, 1987, p. 99; L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones públicas», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, IEF, Madrid, 1988, p. 60.

disciplinaria), sino también patrimonial de las Administraciones públicas. Hay, pues, una remisión a un sistema común cuyas bases dogmáticas y aplicativas no sufren a consecuencia de la descentralización del mantenimiento de la seguridad pública y de la dispar dependencia orgánica y funcional de los cuerpos de policía.

Ahora bien, existen supuestos sobre los que, sin mengua de la conclusión avanzada, alguna precisión no resulta inconveniente. El primero es el de las Unidades del Cuerpo Nacional de Policía adscritas a las Comunidades Autónomas con competencia para la creación de fuerzas policiales propias, distintas de las del País Vasco, Cataluña y Navarra, que siguen un régimen especial en virtud de las Disposiciones Finales de la LOFCS. La posibilidad antedicha, plasmada ya en la adscripción de unidades estatales a las Comunidades gallega (Orden de 19 de junio de 1991), valenciana (Orden de 16 de septiembre de 1992) y andaluza (Orden de 31 de agosto de 1993), se articula a través de acuerdos de colaboración entre el Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma y sin que los funcionarios adscritos dejen de depender orgánicamente del Ministerio del Interior aunque funcionalmente pasen a hacerlo de la Comunidad respectiva. Es más, el Estado sigue ostentando la potestad disciplinaria y los miembros de las unidades adscritas siguen sujetos al régimen estatutario de los del Cuerpo Nacional de Policía, a excepción de las peculiaridades contenidas en el RD 221/1991, de 22 de febrero.

Pues bien, en la identificación del patrimonio que debe responder en caso de daños ocasionados por las unidades adscritas, lo importante es el dato de la dependencia funcional, puesto que una respuesta diferente haría recaer sobre la Administración del Estado las consecuencias patrimoniales del funcionamiento de un servicio que actúa bajo la dependencia funcional de la Comunidad Autónoma que es, además, la que se beneficia institucionalmente del mecanismo de la adscripción porque a través de él puede ejercer sus competencias en materia de seguridad pública sin afrontar el coste, y no sólo pienso en el económico, de la creación de un cuerpo de policía propio. Aunque orgánicamente la dependencia sea del Estado, la titularidad de la competencia es autonómica y, por consiguiente, es la Comunidad Autónoma la que debe de responder, llegado el caso, ante las víctimas.

El segundo supuesto al que me interesa aludir es al de la Guardia Civil en el desempeño de funciones de naturaleza militar. Ya en otras ocasiones me he pronunciado en contra del acusadísimo proceso de militarización que el Cuerpo conoce en la actualidad y no voy a insistir ahora en ello de nuevo ¹⁴. Lo que interesa en este momento es que es-

¹⁴ J. BARCELONA LLOP, *Sobre las funciones y organización*, cit., pp. 10 y ss. No obstante, el propio TC ha avalado dicho proceso en la Sentencia 149/1989, de 16 de noviembre (Tomás y Valiente), si bien la misma cuenta con un voto particular disidente que, rubricado por los Magis-

tamos ante un cuerpo de policía sujeto a disciplina militar y que depende del Ministerio de Defensa cuando desempeña funciones de naturaleza militar en tiempo de paz, pero que, y al margen de otras paradojas que de su régimen jurídico se desprenden, no encuentra apenas previsiones normativas expresas que determinen cuándo, en tiempo de paz, actúa en funciones de naturaleza militar¹⁵. La sorpresa asalta aquí al analista: naturaleza militar, sí, pero contadísimas misiones militares asignadas, en tiempo de paz, al Cuerpo de la Guardia Civil por el ordenamiento; únicamente, me parece, la de vigilancia de edificios e instalaciones de las fuerzas armadas y la de conducción de presos militares. Sólo en estos casos la dependencia lo será del Ministerio de Defensa. Y sólo en estos casos la responsabilidad patrimonial lo será de la Administración militar. Pero cuidado, también en tales hipótesis la unidad del sistema es inquebrantable; la única particularidad será que la reclamación por daños habrá que dirigirla al Ministerio de Defensa. Nada más.

trados Díez Eimil y De la Vega Benayas, comparto en lo sustancial. Referencias a dicha Sentencia, además de en mi trabajo citado en esta misma nota, pp. 22-25, en M. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, D. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y M. FERNANDO PABLO, «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», *RAP*, núm. 123, 1990, pp. 261 y ss.

¹⁵ De incógnita no precisada habla F. LÓPEZ RAMÓN al referirse a las misiones militares de la Guardia Civil; *vid. La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987, pp. 315-316. Considera A. MORALES VILLANUEVA que una de las misiones militares de la Guardia Civil es la custodia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros que por su interés lo requieran [art. 12.1.B).d) LOFCS]; al margen de que, en no pocos casos, ello conecte con el resguardo fiscal del Estado y con la prevención del contrabando —por lo que, como el propio MORALES entiende, ya no estaríamos ante misiones militares— no alcanzo a comprender muy bien cómo, en tiempo de paz, tales misiones pueden calificarse de militares si no son más que una concreción de la genérica función policial, indicada en el artículo 11.1.c) LOFCS, consistente en «vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicas que lo requieran». Difícilmente el desempeño de tal función de vigilancia y protección puede, en tiempo de paz, consistir en una misión de carácter militar; además, que sea la Guardia Civil y no el Cuerpo Nacional de Policía quien custodia las costas, fronteras, etc., no es sino consecuencia de la división competencial que entre uno y otro Cuerpo establece la LOFCS. Distinta es la vigilancia de edificios e instalaciones de las FAS cuando corre a cargo de la Guardia Civil. En este caso, se puede estar de acuerdo con MORALES VILLANUEVA y considerar que se trata de misiones militares. Lo mismo puede decirse respecto de la conducción de presos militares. Cfr. A. MORALES VILLANUEVA, «Definición de fuerza armada y centinela», en R. BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ VILLASANTE (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 265-267. En mi opinión, sólo en los dos últimos casos citados puede hablarse de previsiones normativas expresas de misiones militares de la Guardia Civil. Pero ¿qué sentido tiene asignarlas a un Cuerpo policial en lugar de mantenerlas en el ámbito competencial castrense?, ¿no hay una policía militar tan militar como cualquier otra unidad integrada en uno de los tres ejércitos?

III. CONTINUACION: EL CASO DE LAS UNIDADES ORGANICAS DE POLICIA JUDICIAL. UNA RESPUESTA DIFERENTE

1. PLANTEAMIENTO

Capítulo aparte merece el tema de la Policía Judicial en sentido orgánico; esto es, el de las Unidades de Policía Judicial a las que se encomienda exclusiva o mayoritariamente el desempeño de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126 CE). Porque si, según se desprende del artículo 443 LOPJ, todos los miembros de las fuerzas de seguridad pueden auxiliar a los órganos del Poder Judicial y al Ministerio Fiscal, en caso de ser requeridos para ello, en las tareas enumeradas en el citado precepto constitucional —y no solamente ellos si entendemos que el artículo 283 LECr permanece vigente¹⁶—, la Policía Judicial en sentido estricto existe sólo cuando se crean unidades orgánicas cuyos cometidos son los de Policía Judicial en términos funcionales y que les vienen atribuidos de forma exclusiva o mayoritaria¹⁷.

No es éste el momento de precisar nada acerca de la vigente configuración de la Policía Judicial específica; numerosas son las aproximaciones doctrinales que ponen de relieve bien sus carencias, bien sus bondades¹⁸. Pero sí que es momento de tener en cuenta que entre las

¹⁶ El artículo 1 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, da por supuesta la vigencia del artículo 283 LECr, pero no falta quien entienda que ha sido derogado por la LOPJ; así, J. FRANCO ARIAS, «Policía Judicial», *NEJ*, tomo XIX, Francisco Seix Editor, 1989, p. 980, nota 2, con cita en el mismo sentido de otros autores.

¹⁷ Entiendo que en este punto la LOFCS ha modificado lo dispuesto en el artículo 445.2 LOPJ, en el que se dispone que en ningún caso podrán encomendarse a los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial la práctica de actuaciones que no sean de Policía Judicial o las derivadas de las mismas; el artículo 33 LOFCS introduce un «sin perjuicio» referido a «las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

¹⁸ La literatura sobre la Policía Judicial es irregular en sus contenidos pero, cuando menos, abundante. *Vid.*, entre otros, P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 401 y ss.; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *El policía y la ley*, Plaza & Janés, Barcelona, 1986, pp. 51 y ss.; A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 166 y ss.; J. JIMÉNEZ VILLAREJO, «La policía judicial; una necesidad, no un problema», *PJ*, número especial II, monográfico sobre justicia penal, 1988, pp. 175 y ss.; V. MORENO CATENA, «Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial», *PJ*, número especial VIII, monográfico sobre seguridad ciudadana, 1989, pp. 139 y ss.; J. J. QUERALT y E. JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de Policía Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, con referencias conceptuales y organizativas en capítulos I y II; J. FRANCO ARIAS, *op. cit.*; F. ZUBIRI DE SALINAS, «La policía judicial», *PJ*, núm. 19, 1990, pp. 69 y ss.; L. M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 165 y ss.; así como los trabajos de E. PEDRAZ PENALVA, E. LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, F. J. BOIX REIG, J. M. PAZ RUBIO y J. A. BELLOCH JULVE, que se incluyen en el volumen colectivo *Policía y sociedad*, Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía, Madrid, 1990.

posibles soluciones al problema de la dependencia de la Policía Judicial, sea de las Unidades provinciales, sea de las Unidades adscritas permanentemente a determinados Juzgados, Tribunales o Fiscalías y que se integran en aquéllas, nuestro ordenamiento ha optado por proclamar su dependencia orgánica del Ministerio del Interior y la funcional de los Jueces, Magistrados y Ministerio Fiscal ¹⁹. Y desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, tal dualidad de dependencias permite cuestionar si a los daños ocasionados por la Policía Judicial específica actuando bajo la dirección funcional de los órganos titulares de la función jurisdiccional o del Ministerio Fiscal conviene la aplicación del sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración o, por el contrario, el previsto especialmente para el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 121 CE y 292 LOPJ). Cuestión que es importante porque una eventual respuesta afirmativa no tiene sólo consecuencias procedimentales.

2. ¿RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN VIRTUD DEL RÉGIMEN COMÚN O RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

La respuesta ha de partir de la determinación del ámbito subjetivo de aplicación del régimen específico de la responsabilidad estatal por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, toda vez que, objetivamente, éste no se limita al retraso aun cuando la tardanza sea, casi, su buque insignia ²⁰. Y sobre el particular existe un interesante debate doctrinal en el que son perceptibles dos posturas, tanto antes como después de la promulgación de la LOPJ. La primera pretende reducir el ámbito subjetivo de la cláusula a los daños producidos por la actividad jurisdiccional en sentido estricto, esto es, a la ejercida por los Jueces y Magistrados en virtud de lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, tesis que cuenta con algunos precedentes preconstitucionales en los que se consideró la aplicabilidad del artículo 40 LRJAE a hipótesis ajenas a la función de juzgar y hacer ejecutar

¹⁹ No deja de sorprender la pretensión del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales impugnando el Decreto regulador de la Policía Judicial y pidiendo la anulación de sus artículos 2 y 10 a efectos de su posterior reforma para que expresen la relación entre el Secretario Judicial y la Policía Judicial a efectos del auxilio y cooperación de ésta en las funciones propias de aquél. La pretensión fue desestimada por la STS de 8 de abril de 1989 (Arz. 2827) con base en un argumento muy sencillo: ni de la LOPJ ni de la LOFCS puede deducirse nada en favor de la tesis del Colegio demandante, por lo que nada puede incluirse en la norma reglamentaria de desarrollo de aquéllas.

²⁰ *Vid.*, como muestra, antes de la LOPJ, L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, CEC, Madrid, 1984, pp. 158 y ss.; después de la LOPJ, I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, en toda su segunda parte.

lo juzgado ²¹. Si el parangón con el sistema preconstitucional no pasa de ser bastante lejano por razones obvias, las consecuencias de esta línea doctrinal ²² son dos: la remisión a los preceptos de la legislación administrativa (y al art. 106.2 CE) para la exacción de la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades no jurisdiccionales y la exclusión del ámbito aplicativo del artículo 121 CE y concordantes de la LOPJ de quienes no ejercen función jurisdiccional en sentido estricto. Dos consecuencias y una ventaja: la inclusión en el régimen común de la responsabilidad de ciertos supuestos extraídos del artículo 121 CE va a determinar una mayor cobertura a la vista de la mayor amplitud del título de imputación, no constreñido al funcionamiento anormal mientras que lo está en relación con la Administración de Justicia.

Pero junto a esa lectura coexiste otra que extiende subjetivamente el ámbito del artículo 121 CE en lo que concierne al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. No procede ahora descender a detalles, pero son numerosos los autores que entienden que la expresión Administración de Justicia es más amplia que la de Poder Judicial, abarcando, en consecuencia, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial, al personal al servicio de la Administración de Justicia con directa dependencia de los Jueces y Magistrados, etcétera ²³.

Ante tal disparidad de opiniones, ¿qué criterio seguir?, ¿qué opción es la más adecuada? Desde mi punto de vista, la clave no se encuentra en el tipo de órgano que actúa, sino en la función que desem-

²¹ Sentencias de 10 de mayo de 1972 (Arz. 2441) y de 15 de diciembre de 1976 (Arz. 6014), que fueron comentadas por F. SOSA WAGNER, «Sistema judicial y responsabilidad», *REDA*, núm. 13, 1977, pp. 301 y ss. Por su parte, L. MARTÍN REBOLLO (*Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., pp. 82-83) se hace eco de un Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de diciembre de 1976 que, si referido más bien a un supuesto de error judicial, apunta también en favor de la aplicabilidad del artículo 40 LRJAE a un caso de detención e ingreso en prisión de una persona que fue confundida con otra. Solución ésta que el autor considera discutible en el plano de los principios habida cuenta de que la cláusula de imputación del artículo 40 LRJAE se refiere a la Administración pública en sentido subjetivo, pero que ha calado luego en la Dirección General de lo Contencioso del Estado; *vid.* los Dictámenes núms. 14 y 14 bis que aparecen reproducidos en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1984, pp. 100-105. Téngase en cuenta que tales Dictámenes se emiten con anterioridad a la LOPJ.

²² Destacadamente integrada por J. SOLCHAGA LOITEGUI, «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial*, vol. III, IEF, Madrid, pp. 2535-2536; L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad*, cit., pp. 150 y ss.; «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (el artículo 121 de la Constitución y bases de su desarrollo)», *Doc. Jur.*, núms. 45-46, 1985, p. 316; J. TORNOS MAS, «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», *REDC*, núm. 13, 1985, p. 95.

²³ Se incluirían en esta corriente, M. GODED MIRANDA, «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial*, cit., vol. I, pp. 325-327; C. MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, con P. ANDRÉS IBÁÑEZ, cit., p. 353; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, cit., vol. II, pp. 1060-1061; P. GARCÍA MANZANO, «Responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», *PJ*, número especial V, 1989, pp. 188-189; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 145.

peña. Es obvio que una actividad jurisdiccional no constitutiva de error judicial puede generar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pero creo que también es admisible que dicha responsabilidad pueda surgir en caso de actuaciones no desempeñadas por los órganos titulares de la función jurisdiccional pero íntimamente ligadas a ésta. En otras palabras, si el daño es reconducible al ejercicio de la función jurisdiccional, habrá responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia con independencia de que el autor material de aquél sea el titular de la potestad jurisdiccional o cualesquiera otras de las personas, órganos o instituciones que colaboren con la Administración de Justicia, cooperan con ella o la auxilian. En suma, lo decisivo, y en esto me aproximo a la tesis de J. MONTERO AROCA²⁴, es que haya función jurisdiccional y que a su sombra los daños se produzcan. Quedan en consecuencia fuera del artículo 121 CE otras actividades; por ejemplo, la actuación de los Abogados y Procuradores dada su falta de conexión con el Estado que permita la imputación de los daños a éste²⁵.

El criterio es, pues, me parece, el de la reconducción del daño al ejercicio de la función jurisdiccional, háyase o no producido directamente por la actuación de los titulares constitucionales de la misma. Y todavía puede darse un paso más. Concretamente el que deriva de la contemplación del dominio funcional constitucional de los órganos titulares de la función jurisdiccional. Porque los Jueces y Magistrados no sólo ejercen constitucionalmente ésta, sino también aquellas otras funciones no jurisdiccionales que les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho. También en estos supuestos —no así en los relativos a las funciones de Registro Civil, mencionadas en el artículo 2.2 LOPJ pero no incluidas en la configuración funcional del Poder Judicial en la Constitución— puede engarzarse la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en los mismos términos en los que se engarza cuando hay ejercicio de la función jurisdiccional.

Si las conclusiones precedentes se admiten, cuando los daños derivados de una actuación de la Policía Judicial se producen con directa vinculación al ejercicio de las misiones constitucionales de los órganos del Poder Judicial, deberán imputarse al Estado en virtud de la cláusula del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con las consecuencias de índole procedimental y sustantiva que de ahí derivan y a alguna de las cuales haré en breve referencia.

²⁴ J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 130.

²⁵ Así, certeramente, M. GODED MIRANDA, *op. cit.*, p. 326; P. GARCÍA MANZANO, *op. cit.*, p. 190.

En el sentido propuesto parece pronunciarse, aunque sin toda claridad, la STS de 6 de noviembre de 1991 (Arz. 8869), única en lo que se me alcanza que ha planteado el problema que aquí se analiza y por la que se resuelve, desestimándolo, el recurso contencioso interpuesto contra la denegación presunta de una reclamación de daños dirigida al Ministerio del Interior. Se da la circunstancia de que el actor había elevado simultáneamente otra petición de idéntico contenido al Ministerio de Justicia, citando en este caso el artículo 121 CE y la responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, consistiendo la lesión en el extravío de una joya que había sido intervenida por unos funcionarios de policía²⁶. Frente a las alegaciones del reclamante, la Sentencia argumenta que sí que se practicaron actuaciones judiciales, constatando testimonios del Juez de Instrucción referidos a la intervención de la joya y a su entrega, «en calidad de depósito a disposición de la Autoridad Judicial», a quien dijo ser su propietaria. De ahí deduce el TS que

«sin mayor esfuerzo se ve que todas las pretensiones dirigidas frente al Ministerio del Interior caen por su propia base, porque ha sido la Policía Judicial la que ha intervenido en el caso y ha sido la Autoridad Judicial la que ha asumido el desenlace (...), no [podrá] imputarse irregularidad alguna a la actuación policial y en el supuesto de insistirse en irregularidades cometidas por la Policía, lo será sólo en su consideración de Policía Judicial y nunca como Policía Gubernativa, único supuesto en el que cabe anudar la actuación de ella al Ministerio del Interior (...); no afirme [el recurrente] que padece una lesión como consecuencia de los servicios públicos sin más, sino que sólo le cabe, todo lo más, imputar la lesión que dice padecer a un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia al amparo del artículo 121 de la Constitución (en la Sentencia, por error, consta el artículo 106) y no imputar a la policía que no entregó actuaciones al Juzgado

²⁶ En concreto, se trató de lo siguiente. En misión de investigación de un delito, funcionarios de policía de la Comisaría de La Arganzuela intervinieron al recurrente una joya que había comprado en un establecimiento abierto al público. Dos años después, y sin tener noticias de la joya, el interesado se dirige a la Comisaría citada y ésta le envía al Juzgado de Instrucción número 15 al que, le dijeron, se habían remitido las diligencias. Reenviándole de nuevo el Juzgado a la Comisaría, el recurrente requirió notarialmente a ésta la devolución de la joya y, otra vez, se le remitió al Juzgado, donde se personó en unas diligencias equivocadas, puesto que se referían al atraco a una farmacia. En vista de todo ello, reclama a la Administración la devolución de la joya o la reparación de los daños causados por su imposible restitución. Llegado el asunto al contencioso-administrativo, el recurrente hace constar en la demanda que en ningún momento hubo otra cosa que diligencias policiales; no obstante, recuérdese, había reclamado también al Ministerio de Justicia, aspecto éste que obvia en el recurso contencioso dado que, al parecer, no había denunciado la mora transcurridos los plazos legalmente establecidos al efecto (art. 94.1 LPA).

(...); se está, pues, en el caso de desestimar el recurso en lo que está dirigido frente a la actuación del Ministerio del Interior, ante quien no responden en caso de autos».

Poco nos importa ahora la vía penal que la STS de 6 de noviembre de 1991 deja abierta al recurrente; tampoco interesa demasiado discernir si la actuación policial fue o no irregular o si lo fue la del Juez de Instrucción. Importa e interesa recalcar que se admite claramente la hipótesis de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivado de actuaciones de Policía Judicial, con la consiguiente remisión del recurrente a la resolución que en su día dicte el Ministerio de Justicia acordando lo pertinente y sin perjuicio del ulterior recurso contencioso.

Creo que la Sentencia acierta a resolver el caso de acuerdo con los nuevos parámetros constitucionales de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En supuestos como éste, ya no hace falta acudir a la legislación administrativa con toda la problemática dogmática que la aplicación de la misma comporta en caso de imputación del daño a la Administración de Justicia; además, las dificultades que podía suscitar en su momento la aplicación directa del artículo 121 CE han quedado ya solventadas por la LOPJ y hay que admitir que ahora las reglas existen. Reglas que, no obstante, requieren todavía de algunas precisiones antes de dar por cerrado este capítulo. La primera de ellas se refiere al título de imputación, limitado en el caso del artículo 121 CE al *funcionamiento anormal* de la Administración de Justicia, lo que coloca en situación de desventaja a los particulares por comparación a lo dispuesto en la legislación administrativa, dado que la indemnización por los daños policiales ordinarios puede provenir tanto de funcionamientos normales como anormales. Poco importan ahora las razones que movieron al constituyente para limitar de esta manera el campo de la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia²⁷; bástenos con la constatación de lo evidente. Y es esta evidencia la que, desde un plano de justicia material y de garantía patrimonial íntegra del ciudadano frente a las actuaciones policiales, más seriamente se opone a la admisión de la solución propuesta más atrás. Al fin y al cabo, aunque se trate de Policía Judicial en sentido específico, sus miembros son funcionarios de la policía estatal²⁸, por lo que parece poco apropiado, al

²⁷ Para la tramitación parlamentaria del artículo 121 CE, L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad*, cit., pp. 113 y ss.; una ajustada crítica a la limitación del título de imputación en J. SOLCHAGA LOITEGUI, *op. cit.*, pp. 2549-2552, con un ensayo de las posibles explicaciones de aquélla.

²⁸ Prescindo ahora del interesante problema de si pueden o no existir Unidades de Policía Judicial autonómicas. Entre la doctrina, *vid.* J. M. CASTELLS ARTECHE, «La policía autónoma. Problemática actual», en los *Estudios sobre el Estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, Oñati,

menos desde el punto de vista de los principios, admitir que funcionarios de un mismo Cuerpo puedan en un caso generar la responsabilidad extracontractual del Estado en virtud de un funcionamiento que no hay que calificar y en otro generar la misma responsabilidad del mismo Estado pero con el requisito de la calificación del funcionamiento que, ahora, deberá ser anormal, con lo que se pueden poner en un brete algunas pretensiones resarcitorias que, de articularse a través de la legislación administrativa, podrían contar con mayores garantías de éxito.

Sin embargo, y sin perjuicio de mantener la consecuencia con lo que se desprende de las normas, creo que no es imposible flexibilizar en este ámbito la exigencia del funcionamiento anormal sin hacerlo desaparecer formalmente. Pienso en la determinación conceptual de lo que se entiende por funcionamiento anormal, que remite a un estándar medio de comportamiento de los servicios públicos, a la determinación de los estándares de actuación y rendimiento normalmente exigibles al margen de toda idea de ilegalidad²⁹. A la concreta precisión del funcionamiento anormal así entendido contribuye decisivamente la auspiciada fijación normativa de unos estándares medios de prestación del servicio y el establecimiento de unas reglas cuya infracción implica que el servicio ha funcionado mal a los efectos de la responsabilidad y cuya propia existencia facilita la labor de los Tribunales de justicia en este punto³⁰.

Pues bien, dichas reglas existen en el campo de la policía de seguridad. Están contenidas en el artículo 5 LOFCS, donde se recogen los principios básicos que rigen la actuación de todas las fuerzas policiales

HAEE/TVAP, 1991, pp. 520 y ss. Puede convenirse con este autor en que, a pesar de la voluntad manifiestamente estatalizadora de la LOFCS en materia de Policía Judicial —y el artículo 443 LOPJ permitía otras soluciones—, la especificidad del caso vasco en virtud de la Disposición Final 1.ª LOFCS, permite considerar la hipótesis de una Policía Judicial autonómica, si bien me parece que hay que tener en cuenta de algún modo que el artículo 149.1.5 CE reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia. En el plano normativo, la Ley vasca de 17 de julio de 1992 crea y regula en sus artículos 112 a 115 una Unidad de Policía Judicial en el seno de la estructura orgánica de la Ertzaintza, con un régimen sustantivo prácticamente idéntico al previsto en la normativa estatal. La solución quizá no sea fácilmente extensible a Cataluña dado que la LOFCS prevé, en su Disposición Final 2.ª, la aplicación al régimen de la policía catalana de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley, que remite a su vez al artículo 29.2, que es donde se dice que las policías autonómicas y locales tendrán el carácter de colaboradores de las Unidades de Policía Judicial integradas por funcionarios estatales. Así lo ha entendido la STS de 22 de junio de 1989 (Arz. 4429), si bien los artículos 13 a 15 de la Ley catalana 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad —*Mossos d'Esquadra*—, prevén la creación de Unidades de Policía Judicial formadas por miembros de la policía autonómica.

²⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., pp. 211-212; «La responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de sus órganos en el Derecho español», *RDAF*, núm. 7, 1964, p. 26.

³⁰ *Vid.* L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad de las Administraciones públicas*, cit., p. 72; también, y aunque no referido el argumento directamente al tema de la responsabilidad, en *El Derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos*, Ediciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984, pp. 25-27.

existentes en nuestro país. Y desde el punto de vista de las tareas policiales ordinarias, no cabe duda de que los supuestos lesivos más frecuentes presuponen la infracción de alguno de los apartados del citado precepto sin necesidad de violencia interpretativa de ningún tipo. Algunas hipótesis pueden quedar fuera, como por ejemplo, el extravío de efectos custodiados por la Policía Judicial, pero ahí hay ya un funcionamiento anormal, por lo que ningún problema se suscita. Por lo demás, y como veremos a lo largo de las páginas sucesivas, cuando de las actuaciones policiales se trata el supuesto de un funcionamiento normal generador de la responsabilidad es muy insólito. Prácticamente todo son funcionamientos anormales, lo que es perfectamente comprensible habida cuenta de que, generalmente, una actuación policial lesiva va a comportar la infracción dolosa, culposa o negligente de las pautas normativas rectoras del comportamiento de las fuerzas de seguridad.

Empero, no hay que dejar cerrada ninguna puerta. Puede suceder que una lesión se produzca a consecuencia de un funcionamiento normal de la Policía Judicial, caso en el que todo indica que la indemnización va a quedar excluida por obra de lo dispuesto en el artículo 121 CE y en la LOPJ. Pero quizá esta solución no sea de aceptación inexorable. En Francia, por ejemplo, la unidad sustancial de los principios de la responsabilidad administrativa ha llevado a la unificación del sistema en caso de los daños policiales a despecho incluso de lo que parece desprenderse del tenor literal de las normas³¹. Creo que lo mismo habrá que hacer aquí si el caso se plantea. Cuando la lesión sea producida por los funcionarios de la Policía Judicial, preciso será hacer un esfuerzo exegético para hacer encajar su conducta en el concepto legal de funcionamiento anormal, que es lo suficientemente flexible como para permitir que en él quepan muchas cosas. Si no se hace así, se llegará al absurdo de que el Estado deba responder en unas ocasiones y en otras no cuando que los hechos son sustancialmente idénticos y es la misma institución la que los ha producido.

La segunda y última precisión que quiero hacer aquí hace referencia a la dependencia funcional de la Policía Judicial del Ministerio Fiscal, que no forma parte del Poder Judicial pero que hay que entender incluido en el concepto de Administración de Justicia a los efectos de la responsabilidad prevista en el artículo 121 CE. Es decir, la responsabilidad del Estado podrá surgir también a consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando intervenga el Ministerio Fiscal en su condición de colaborador de los órganos titulares de la función jurisdiccional. De donde se deduce que

³¹ Cfr. J. BARCELONA, *Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pp. 64-70.

los daños causados por el funcionamiento anormal de la Policía Judicial, actuando bajo las órdenes del Ministerio Fiscal en el curso de una instrucción sumarial o de una investigación impulsada por los órganos titulares de la función jurisdiccional, deberán entenderse incluidos en lo dispuesto en aquel precepto constitucional. Ahora bien, aquí procede una salvedad. El artículo 20 RD 797/1987 permite que la Policía Judicial actúe bajo la dependencia exclusiva del Ministerio Fiscal realizando diligencias de investigación criminal conectadas a un supuesto presuntamente delictivo pero previas a la apertura de cualquier actuación judicial. En tal caso, dado que no hay intervención alguna de los Jueces o Magistrados y, por tanto, tampoco función jurisdiccional, la eventual responsabilidad civil pública que pueda surgir habrá de exigirse conforme a lo dispuesto en la legislación administrativa.

IV. EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO DE POLICIA DE SEGURIDAD

Como es sabido, la imputación en el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración bascula sobre la existencia de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que, supuesta la lesión resarcible, se erige en el criterio legal determinante del deber de indemnizar y de su atribución al patrimonio público. De ahí se infiere la amplitud de la cobertura que nuestro ordenamiento otorga a los lesionados por una actuación administrativa determinada, circunstancia que hace irrelevante, en nuestro caso, que para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se haya o no cometido un delito o una infracción administrativa o que, existiendo infracción penal, hayan quedado los agentes exentos de responsabilidad criminal por aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber. Todo ello es indiferente; lo que importa es que al servicio policial pueda ser imputado el daño antijurídico producido. Y repárese en que va a ser frecuente que el agente lesivo esté identificado o individualizado. En la doctrina general de la responsabilidad administrativa es innecesario localizar al autor de la lesión e incluso muchas veces no es nada sencillo hacerlo; en materia de policía la regla se mantiene en abstracto, pero lo común va a ser que el agente lesivo sea conocido. Pero nada de eso, insisto, tiene relieve salvo en el aspecto de la acción de regreso; lo que importa, desde el punto de vista de la garantía del patrimonio de la víctima, es que haya habido funcionamiento del servicio.

En la jurisprudencia estudiada es extraño que la demanda tenga su origen en un funcionamiento normal de las fuerzas de policía, en un comportamiento ajustado a los estándares legales de actuación de las

fuerzas de seguridad, ya mencionados. Tan sólo he podido localizar un ejemplo; se trata de la STS de 8 de junio de 1988 (Arz. 5077) que desestima la reclamación de daños elevada por un profesor que fue detenido por la policía como presunto autor de un delito de violación que luego se reveló inexistente. La detención se produjo cuando estaba el involucrado en una reunión con otros profesores y padres de alumnos del colegio, entrando en ella la policía acompañada de la joven que decía haber sido violada y de sus padres, joven que señaló al profesor en cuestión como autor de la pretendida agresión sexual. Trasladado a las dependencias policiales, fue conducido ante el Juez al día siguiente, quien ordenó su puesta en libertad.

En su demanda, el interesado adujo la producción de daños y perjuicios morales derivados de la detención policial³², argumento que el TS pretende resolver a través de la relación de causalidad, pero no sin antes referirse a la índole del funcionamiento policial:

«Desde luego, aquí no ha habido actuación anormal, pues el demandante reconoce que la policía actuó en todo momento con absoluta corrección y que fue llevado a presencia del Juez antes de las veinticuatro horas. Tampoco es anormal que se le retuviera hasta ese momento, dada no sólo la gravedad del hecho imputado, sino la existencia de los motivos racionales para creer en la existencia de delito e incluso para creer en la posible imputabilidad. Sin que esto deba interpretarse como desdoro de la honorabilidad (...) del imputado. Porque la policía se encuentra con una denuncia de un hecho grave (...) y por una identificación claramente hecha por la que se dice perjudicada. Lo que no puede la policía saber en ese momento es si esos hechos son verdaderos, y aunque la presunción de inocencia está constitucionalmente reconocida, la Ley le autoriza y la prudencia aconsejaba espe-

³² Merece la pena transcribir el tenor literal de la demanda en este punto, que aparece entrecuadrado en el Fundamento de Derecho tercero de la STS de 8 de junio de 1988 y que no tiene desperdicio. Los daños y perjuicios morales aducidos por el actor derivarían, y es el escrito de demanda, «de las vejaciones inherentes a toda clase de detenciones de la policía, pues a pesar del trato correcto de que fue objeto, tuvo que posar de frente y de perfil para un fotógrafo, estampar las huellas dactilares en una cartulina, compartir calabozo y coche celular con verdaderos delincuentes, ser observado por muchas personas, a la salida del colegio acompañado por la policía, a la salida de la Comisaría para subirse en dicho coche celular, por la misma puerta por donde otros entraban para casarse por lo civil; y, para colmo de los males, su fotografía (de frente y de perfil) se encuentra actualmente en los ficheros de la policía de Málaga, en el mismo cajón de fotos que se enseñan o exhiben a los ciudadanos que acuden a la policía para identificar a violadores de mujeres... Porque, y ¡ésta es otra!, no se puede cancelar este concreto antecedente policial, porque el señor F. D., el 15 de mayo de 1982, le dio una bofetada a un alumno y fue denunciado en dicha Comisaría; y, por ende, el Juzgado de Distrito, que vio el juicio de faltas correspondiente, también tiene que librar otro certificado, diciendo que no se le siguen responsabilidades por aquel asunto. Y esto último, concretamente, mi mandante no tiene interés en cancelarlo, porque lo del “guantazo” fue verdad».

rar a que el Juez decidiera al día siguiente lo que debía hacerse. Y tampoco hay anormalidad en que se le condujera en coche celular a presencia del Juez en las mismas condiciones que a los demás detenidos. El funcionamiento de la policía fue absolutamente normal, por tanto.»

Funcionamiento normal del servicio, sí, pero de él no puede desprenderse apriorísticamente la inexistencia de responsabilidad si concurren lesión y nexo causal. Sobre lo primero el TS no se pronuncia claramente, pero sobre lo segundo sí: en caso de haberse producido los daños morales aducidos por el reclamante, éstos no deben ser resarcidos por la Administración, sino por quienes provocaron sin fundamento la intervención policial, dado que, dice el TS, no existe nexo causal entre ésta y aquéllos. Y si el nexo causal falta, la identificación del patrimonio responsable pretendida por el actor no puede sino fracasar, puesto que, por muy amplia que sea la cobertura, también la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tiene sus límites institucionales, no imponiendo el ordenamiento la imputación del resarcimiento al patrimonio público si no media una relación de causalidad. Esta era realmente la clave del asunto y no la concurrencia de un funcionamiento normal lesivo.

Muy comunes son, al contrario, los fallos que consideran que la actuación policial involucrada se reconduce a un funcionamiento anormal del servicio. Las hipótesis son variadas, pero se afirma la existencia de un funcionamiento de aquella índole cuando la intervención de las fuerzas de seguridad es desproporcionada. Es sabido cómo, desde la fundamental y antes citada Sentencia de 18 de enero de 1982, el principio de proporcionalidad se inserta en el núcleo mismo de la licitud de las acciones policiales, encontrándose hoy registrado en el artículo 5.2.c) LOFCS junto a los principios de congruencia y oportunidad. Se trata de una regla decantada en el campo de las actuaciones policiales que también tiene sus consecuencias en el plano de la responsabilidad patrimonial y no solamente en el de la valoración penal de la conducta a los efectos de la apreciación de la eximente completa o incompleta de obrar en cumplimiento de un deber. Veamos algunos ejemplos.

La STS de 4 de febrero de 1985 (Arz. 986), aceptando en este punto los razonamientos de la apelada, establece que el comportamiento antijurídico de la víctima (huida ante un control policial) no rompe la relación de causalidad si la reacción policial es desproporcionada, tesis que también acoge la Sentencia de 28 de enero de 1986 (Arz. 69), en la que se lee que

«la huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de las

armas de fuego para impedirla, pues constante jurisprudencia (...) viene declarando que el uso lícito de las armas de fuego por la policía requiere una situación de real e inminente peligro para la vida o integridad física de los agentes que las utilizan o de terceras personas y tal situación no es apreciable cuando al requerimiento de detención se limita a emprender la huida, pues en tal caso el empleo de las armas constituye una medida desproporcionada que notoriamente merece la calificación de respuesta excesiva por los daños graves e irreversibles que puede producir en lesión o privación de la vida humana (...) y que desde luego es totalmente injustificada como medio de detención de una persona que huye, que debe intentarse montando el servicio policial con adopción de las previsiones que normalmente sean necesarias para hacer efectiva esa detención, al margen del uso de las armas de fuego».

En un sentido similar se pronuncian las Sentencias de 14 de octubre de 1986 (Arz. 6543) y 29 de mayo de 1991 (Arz. 3901). El pulso de la jurisprudencia es bastante firme y fiel a los pasos inaugurados por la Sentencia de 18 de enero de 1982. El exceso, la falta de proporcionalidad en la respuesta policial constituye un funcionamiento anormal del servicio capaz de enervar la eficacia de la conducta anti-jurídica de la víctima en su cualidad de interruptora del nexo causal; no obstante, y como veremos más adelante, la jurisprudencia admite que, aun habiendo desproporción, el comportamiento de la víctima, si no llega a interrumpir la relación de causalidad, determina una concurrencia causal con consecuencias en el plano indemnizatorio.

Pero el funcionamiento anormal no se conecta solamente con la falta de proporcionalidad; también se detecta ante defectuosas previsiones de las fuerzas de seguridad, ante omisiones o pasividades de éstas o, incluso, ante la falta de coordinación de los órganos administrativos intervinientes. Son casos en los que, por lo demás, la referencia a la proporcionalidad puede o no estar presente en función de las circunstancias concretas de cada uno de ellos. Así, en relación con la custodia y traslado de detenidos, hay alguna Sentencia de interés. La de 18 de diciembre de 1985 (Arz. 6.538) considera que resultando anómalo que le fueran quitadas las esposas al detenido «sin adoptar las medidas adecuadas a fin de evitar toda reacción de huida o agresión por parte del mismo», los funcionarios incurrieron «en una falta de previsión que fue desencadenante de lo posteriormente sucedido, lo cual lleva ya en principio un anormal funcionamiento del servicio determinante de la responsabilidad del Estado». Lo posteriormente sucedido fue que, liberado de sus esposas, el detenido intentó darse a la fuga, resultando muerto por los disparos de la policía. Hubo, pues, funcionamiento

anormal, si bien lo determinante del fallo condenatorio fue la reacción policial desproporcionada, de donde se desprende que el mal funcionamiento del servicio acaeció también por falta de proporcionalidad, por lo que de haber existido ésta y no la falta de previsión la condena también se hubiera producido ³³.

El funcionamiento anormal también puede producirse en la hipótesis de omisiones o no actuaciones policiales, como lo demuestra la Sentencia de 28 de octubre de 1986 (Arz. 6635). Los hechos versan sobre la falta de protección policial de una manifestación celebrada en Pamplona en 1983. Para comprender mejor las circunstancias del caso, téngase en cuenta que la manifestación lo era en pro del derecho a la vida del nonato y que por aquellas fechas eran relativamente frecuentes incidentes violentos en las manifestaciones en favor o en contra de la despenalización del aborto. Se adoptaron ciertas precauciones policiales en previsión de posibles disturbios, pero no se extendieron al lugar donde la manifestación concluía a pesar de haberse recibido advertencias de que allí iban a realizarse actos en contra de la misma. El resultado fue que, al llegar el grueso de los manifestantes, el equipo de megafonía instalado había sufrido graves desperfectos y el servicio de seguridad de la manifestación estaba manteniendo enfrentamientos con un grupo de unas cincuenta personas, que sólo entonces fueron dispersadas enérgicamente por la Policía Nacional.

El TS juzga inexcusable que no se adopten las medidas necesarias cuando las alteraciones de la seguridad ciudadana son previsibles, deduciendo de ahí que si bien la función represiva de la fuerza pública pudo funcionar eficazmente,

³³ Sobre la responsabilidad por funcionamiento anormal con motivo de la custodia y traslado de detenidos insiste la Sentencia de 29 de abril de 1986 (Arz. 2977), relativa al fallecimiento de un detenido, al parecer miembro de una peligrosa banda de delincuentes comunes, a consecuencia del disparo accidental recibido al realizar un movimiento brusco que pudo ser considerado revelador de un intento de fuga. Con independencia de que tal intento fuera o no real, que parece que no lo fue, el TS consideró que «lo que ocurre es que la única medida para evitar cualquier intento de fuga fue la extrema de tener el arma aprestada para disparar, siendo así que podían haberse tomado otras, para el caso absolutamente eficaces, y que no habrían creado la situación de riesgo cierto de la que derivan los hechos con resultado de muerte que se acaban de narrar. Y el hecho de que se afirme que el furgón empleado, a causa de su tamaño, no puede entrar en la Prisión (así consta en la prueba obrante en autos) no es sino otra muestra de imprevisión de la Administración. De manera que (...) resulta evidenciado un funcionamiento anormal del servicio de vigilancia y custodia de detenidos de cuyas consecuencias dañosas debe responder la Administración».

La referencia que hace el TS a la creación de una situación de riesgo cierto no debe llevarnos a engaño. Es ajena al significado que la idea de riesgo tiene en el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En él, la imputación por riesgo alude al funcionamiento normal de los servicios públicos (*vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., p. 212; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., vol. II, p. 384; J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», *RAP*, núm. 92, 1980, pp. 32-33) y no fue tal en el caso que nos ocupa: había habido un mal funcionamiento, una auténtica *culpa in commitendo* generadora de la responsabilidad.

«no ocurrió lo propio con aquella otra de carácter preventivo que, a fin de impedir posibles enfrentamientos, se le había ordenado realizar, que debió practicarse oportuna y eficazmente sobre todo desde el momento en que los mismos eran de esperar cuando con bastante anterioridad la misma (la fuerza pública) fue avisada y los Agentes tuvieron ocasión de comprobar que existía un grupo de contramanifestantes que aguardaban la llegada de la manifestación y habían colocado en el quiosco de la plaza una pancarta en favor del aborto y, por tanto, conflictiva con el objeto de aquélla, ante lo que actuaron en simple "plan de observación" y, desentendiéndose de tal hecho, volvieron a "fijar la atención en el recorrido de los manifestantes", por lo que, en puridad, el resultado lesivo no derivó de la conducta de los alborotadores, sino de quienes, llamados a impedir con su oportuna intervención que el destino de aquéllos se consumara, se limitaron a adoptar una actitud puramente pasiva sin la que el daño en cuestión no se habría producido».

Me parece razonable que el TS censure la pasividad de las fuerzas de seguridad, indudablemente inserta en la idea de funcionamiento anormal y que podríamos calificar, en expresión de A. NIETO, de inactividad material fáctica³⁴, pero creo que dos puntualizaciones proceden a la vista de la Sentencia de 28 de octubre de 1986. La primera es que, de algún modo, tuvo que haberse considerado la concurrencia del hecho de tercero en la producción del daño, puesto que si bien éste no fue evitado por la policía pudiendo haberlo hecho, los autores materiales de los destrozos en el equipo de megafonía fueron los contramanifestantes. Y esto habría que haberlo tenido en cuenta. Es posible que la imposibilidad de identificar a los alborotadores, que huyeron por las calles adyacentes tras una, al parecer contundente, carga policial, haya conducido a la solución de la Sentencia que se comenta; quizá por ello ni se plantea el tema de la concurrencia de causas. Pero

³⁴ A. NIETO, «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *DA*, núm. 208, 1986, pp. 22-23. El control que proporciona el juicio sobre la responsabilidad parece suficiente en materia de policía de seguridad, posiblemente no en otras, para satisfacer las razonables expectativas del perjudicado por la inactividad material fáctica. Es obvio que lo que importa es que la inactividad no se produzca, que haya actuación de la policía; pero cuando no es así, la indemnización cubre el vacío de la no actuación, cuya realidad no admite en nuestro caso otras soluciones a menos que se proceda penal o disciplinariamente contra el responsable de la omisión. Ahora bien, trascendiendo ya del concreto campo de la inactividad material de la policía, el tema de la inactividad material fáctica no puede contemplarse sólo desde la óptica de la responsabilidad; flaco favor haríamos al Estado de Derecho y a la posición que en él ocupa la Administración si el poder público asumiera tranquilamente el coste financiero de sus omisiones y no se preocupara por solventarlas, por esforzarse en que los servicios funcionen y porque si hay que indemnizar sea, al menos, porque ha habido funcionamiento. Pero como en definitiva la responsabilidad sigue teniendo su importancia en caso de omisiones, de alguna manera hay que tenerla en cuenta como remedio, aunque sea insatisfactorio.

lo que a lo mejor vale para un caso concreto, para éste por ejemplo, puede conducir a resultados contraproducentes aplicado mecánicamente a otro en una materia tan casuística como ésta. No cabe, en suma, generalizar respuestas cuando las mismas se explican en circunstancias singulares.

La segunda indicación que quería hacer en relación con la Sentencia de 28 de octubre de 1986 se refiere a la exigibilidad de previsión policial de los comportamientos delictivos o alteradores de la seguridad ciudadana. Para que pueda hablarse de un funcionamiento anormal de la policía en estos casos, es preciso que razonablemente pueda preverse el evento porque sólo entonces surgirá el deber de poner en funcionamiento el servicio. La Sentencia parece entenderlo así cuando estima que la prevención policial de la seguridad ciudadana «es imposible o difícil cuando racionalmente no es esperable una acción que la ponga en peligro», y con mucho cuidado han de manejarse los criterios determinantes del surgimiento de la responsabilidad en caso de inactividades policiales. Hay que ponderar si, realmente, la policía pudo haber actuado o si la producción de unos hechos generadores del deber policial de intervenir era racionalmente previsible. Todo ello teniendo en cuenta, también, los medios reales de que las fuerzas de seguridad disponen.

Un último ejemplo de funcionamiento anormal de los servicios policiales, si bien completamente distinto a los anteriores, lo proporciona la Sentencia de 16 de mayo de 1989 (Arz. 3697), que resuelve la reclamación de indemnización por la subasta de un vehículo cuya sustracción había denunciado su propietaria bastante meses antes. La subasta era consecuencia de la aprehensión del vehículo por la Guardia Civil de Granada, que consideró que el automóvil permanecía ilegalmente en España cuando ante ella misma se había denunciado tiempo atrás la desaparición del mismo. El criterio del TS es tajante:

«En el caso cuestionado ha concurrido, desde luego, un funcionamiento anormal de los servicios públicos por la más absoluta y total descoordinación de la actividad administrativa desarrollada por los órganos intervinientes, pues, constatada la realidad de las denuncias presentadas, resulta anómala y contraria a la normalidad de la función pública la aprehensión del vehículo por fuerzas, incluso, de la Guardia Civil del mismo Subsector, y las subsiguientes actuaciones que desembocaron en la subasta.»

Es un caso diferente a los otros, como he dicho; no se trata de lo que podríamos considerar un daño derivado de una acción policial prototípica. Pero no sólo de éstas puede, como vemos, surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración.

V. LA RELACION DE CAUSALIDAD Y LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA DE LA VICTIMA

Siendo la relación de causalidad una de las piezas clave del sistema, de su precisión depende, como advirtiera NIETO en 1975, el equilibrio mismo de aquél, sobre todo cuando en la producción del daño interviene más de una causa³⁵. Faltando en el Derecho administrativo una teorización de la causalidad semejante a la que existe en el Derecho penal, las respuestas quedan remitidas a la apreciación de los Tribunales, lo que dificulta cualquier pretensión sistematizadora, aunque, como ha destacado recientemente el propio NIETO, se advierte un entramado jurisprudencial que permite saber a qué atenerse, sin perjuicio del amplio campo que conviene dejar a los Tribunales para la apreciación de la prueba y la subsunción de los hechos concretos en cada una de las posibles opciones que caben en la determinación del alcance de las eventuales interferencias que pueden alterar el mecanismo de la causalidad directa y exclusiva³⁶.

El problema tiene singular relieve en materia de daños policiales porque no es inhabitual que la conducta de la víctima se encuentre en la base fáctica de la actuación lesiva de las fuerzas de seguridad. Como punto de partida, y lo ha señalado certeramente J. L. CARRO, no cabe sostener que la conducta de la víctima constituya causa de exoneración de la responsabilidad administrativa si la reacción policial es ilegítima por desproporcionada. En caso de que la actuación de las fuerzas de seguridad sea conforme a Derecho, el problema se desplaza hacia el concepto de lesión: si la víctima, dice CARRO, es un tercero, el daño será antijurídico y procederá el resarcimiento; si lo es quien con su comportamiento ilícito ha puesto en marcha el dispositivo policial, la lesión no será antijurídica ni, en consecuencia, indemnizable, siempre que las fuerzas de seguridad hayan actuado legítimamente³⁷ o,

³⁵ A. NIETO, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA*, núm. 4, 1975, pp. 90 y ss. Poco después, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ publicaba un importante trabajo sobre el mismo tema: «El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en el *Homenaje a Segismundo Royo Villanova*, Moneda y Crédito, Madrid, 1977, pp. 689 y ss., al que hay que añadir el anterior de J. LEGUINA VILLA, «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración», *RAP*, núm. 60, 1969, así como las páginas que este mismo autor dedica al tema en *La responsabilidad del Estado*, cit., pp. 27-31. Puede decirse, ciertamente, que los planteamientos más correctos en materia de concurrencia de causas, que es lo que aquí importa, se encuentran ahí.

³⁶ A. NIETO, «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial», *REDA*, núm. 51, 1986, pp. 427 y ss.; también hay que registrar aquí, entre lo más reciente, el valioso análisis jurisprudencial de A. BLASCO ESTEVE, «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», *REDA*, núm. 53, 1987, pp. 99 y ss.

³⁷ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *op. cit.*, pp. 1203 y ss.

como diríamos hoy a la vista del artículo 5 LOFCS, con sujeción a los principios de oportunidad, proporcionalidad y congruencia.

El criterio es bastante razonable pues conjuga adecuadamente tanto el comportamiento de la víctima como la legitimidad de la actuación policial. Pero en su aplicación es preciso no admitir, sin más, que la calificación de la conducta del lesionado es la que viene dada por la percepción de las fuerzas de seguridad porque éstas han podido cometer un error o excederse en su celo profesional. No será extraño que la acción de responsabilidad sea subsiguiente a un pronunciamiento jurisdiccional penal, por lo que, haya o no condena en éste, lo importante será lo declarado probado en él en lo referente a la conducta de la víctima. Y si nada se dice en vía penal, la ilicitud de la conducta de la víctima debe de probarse y el Tribunal de lo contencioso debe llegar al convencimiento de que la misma se ha producido, con las consecuencias que procedan a la hora de repartir el monto indemnizatorio o, incluso, de pronunciar la exoneración. Partiendo de aquí, ¿cómo se enfrenta al problema nuestra reciente jurisprudencia?

En las Sentencias analizadas no faltan aseveraciones como la siguiente: «la jurisprudencia ha venido ponderando como lógico motivo de exclusión de la misma (se refiere a la obligación de indemnizar) el consistente en que la conducta del afectado haya roto el nexo causal, de modo que la interferencia de la misma impida predicar que realmente el efecto lesivo tenga su origen en la propia actuación administrativa» (Sentencia de 23 de enero de 1989, Ar. 350); o, Sentencia de 12 de junio de 1990 (Arz. 4703), la obligación de indemnizar «desaparece cuando como consecuencia de una actividad ilícita de los particulares se origina la necesidad de desplegar un servicio que en otro caso no se habría prestado. En estas circunstancias, no es correcto que la comunidad tenga que sufrir las consecuencias dañosas del funcionamiento del servicio, en tanto en cuanto que el mismo ha sido motivado por una conducta contraria a las normas por las que se rige». Se trata de afirmaciones que no comparto si de ellas se infiere sin más la exoneración de la responsabilidad sin tener en cuenta otros criterios; es preciso, dicho sea claramente, tener en cuenta también la proporcionalidad.

Así, la segunda de las Sentencias citadas, la de 12 de junio de 1990, y tras las palabras que se han transcrito, despacha el asunto del modo que sigue:

«En el presente caso, la actuación policial no ha excedido de los medios normales para conseguir la detención de un presunto delincuente, y es la actividad de este último, al actuar violentamente contra los funcionarios de la policía e intentar incluso atropellarlos con el vehículo que conducía, derribándolos al suelo,

desde donde dispararon contra el vehículo, lo que rompe el nexo causal convirtiéndose en causa única de las lesiones que se le infirieron y que causaron su muerte.»

Es verdad que de los datos que aporta la Sentencia no se puede extraer mucho, pero en ningún momento se hace cuestión de la licitud de la actuación policial, de su proporcionalidad en suma, que es algo que hay que tener necesariamente en cuenta antes de pronunciarse en favor de la exoneración; especialmente cuando las fuerzas de seguridad hacen uso de sus armas de fuego.

En un sentido similar a la anterior —esto es, considerando que el comportamiento ilícito de la víctima rompe sin más el nexo causal—, la Sentencia de 24 de abril de 1987 (Arz. 4755) alude a la doctrina de la causalidad exclusiva y estima que el «daño o lesión sufrido por el reclamante debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto». Y con estos mimbres, el TS se enfrenta al siguiente supuesto de hecho: la persecución policial de un vehículo ocupado por tres personas que, ignorando el respeto a las señales semafóricas en rojo, no obedecieron después las indicaciones de la policía, cuyo automóvil, dotado de sirena y de sistema óptico de destellos luminosos, fue perfectamente visto por los implicados, pues, en algún momento, llegó incluso a ponerse por delante del perseguido. Resultando infructuoso el seguimiento, las fuerzas de seguridad dispararon a una de las ruedas traseras del vehículo, desviándose el proyectil y alcanzando al recurrente en una pierna, permaneciendo ocho meses impedido para el trabajo. De tal relato fáctico el TS deduce que

«ha sido, pues, la conducta del actor y sus acompañantes la que ha determinado la acción de la policía, el que ésta se viera obligada a disparar, con la intención de paralizar el vehículo y el que el disparo no pudiera efectuarse con la debida precisión, desviándose de la rueda trasera, para alcanzar una pierna del recurrente».

No pretendo abordar el problema de si la acción policial fue o no legítima, pero quiero de nuevo destacar la ausencia de toda mención a la proporcionalidad; ¿fue realmente necesario el empleo de las armas de fuego?, ¿no pudieron haberse utilizado otros medios menos lesivos para conseguir la detención de los ocupantes del vehículo? El TS no se plantea ninguna de estas preguntas y, en consecuencia, la solución es insatisfactoria desde el punto de vista del razonamiento que

debe presidir cualquier discurso jurisprudencial sobre esta materia, con independencia de la solución de cada caso concreto³⁸.

En el polo opuesto a las anteriores se encuentra la Sentencia de 30 de diciembre de 1985 (Arz. 1545, de 1986), que condena a la Administración a indemnizar a quien sufrió heridas en el curso de la disolución por la Guardia Civil de una manifestación ilegal. Es verdad que el TS considera que el simple aserto de que el recurrente participaba en la manifestación no es suficiente para estimar acreditado que así fuera, pero apostilla que «aunque se entendiera lo contrario, es decir, que el actor intervenía en la manifestación ilegal, la mera ilicitud de su participación no sería bastante para romper el repetido nexo causal». De nuevo, aunque ahora con un signo contrario, en el argumento del TS los matices brillan por su ausencia; no se valora la conducta de la víctima ni tampoco el grado de legitimidad de la actuación policial. No se tienen en cuenta los criterios imprescindibles para la obtención de un fallo ponderado y razonable.

No obstante, no escasean los fallos que valoran de una forma u otra tanto el grado de ilegitimidad del comportamiento de la víctima como el de la acción policial lesiva, llegando a resultados diversos en función de la entidad causal de uno u otro. Así, y aun aceptando la exoneración de la Administración a consecuencia de la conducta de la víctima, la ya mencionada STS de 23 de enero de 1989 (Arz. 350) examina con cierto detenimiento el desarrollo de los hechos que dieron lugar a la muerte del hijo del actor, considerando el TS que

«no puede apreciarse conducta desproporcionada o anormal alguna por parte del agente del orden público, ya que en ella no puede apreciarse nada que no fuese respuesta adecuada a la desplegada por el joven fallecido, lo que obliga a desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en el proceso».

Es decir, como la acción policial fue proporcionada a la conducta ilícita de la víctima, se produce la ruptura del nexo causal y en consecuencia no surge el deber de resarcir. Por lo menos, con acierto o no, se entra a analizar el grado de proporcionalidad de la respuesta policial.

³⁸ Tiene mucha razón A. BLASCO (*op. cit.*, p. 103) cuando, en relación con la aplicación de la doctrina de la causalidad exclusiva, dice que «lo que resulta criticable, pues, son ciertos dogmas y cierto modo de razonar, y no ya la solución al caso concreto». En efecto, es posible que la conducta de la víctima, en los asuntos que estamos viendo, fuera más que suficiente para romper por completo el nexo causal; eso es algo que el lector de un repertorio de jurisprudencia no está normalmente en condiciones de averiguar. Pero nada de ello empece a que el TS deba de plantearse si, reconocida la entidad causal del comportamiento de la víctima, las fuerzas de seguridad actuaron proporcionadamente. Es, en definitiva, el modo de razonar lo que importa y, aunque la actitud del lesionado debe tenerse en cuenta ineludiblemente, hay que valorar también si las fuerzas de seguridad se condujeron con arreglo a los parámetros normativos que rigen su actuación, sea cual sea la respuesta que luego se dé a cada caso concreto.

El mismo juicio que la anterior merece la STS de 14 de junio de 1989 (Arz. 4384), en la que tras iniciales apegos al más estricto entendimiento de la causalidad exclusiva, se da luego entrada a la idea de proporcionalidad. Proporcionalidad que el TS encuentra en la respuesta policial a pesar de informaciones periodísticas y de declaraciones de testigos en sentido contrario, no considerando el Tribunal que unas y otras enerven la conclusión sobre lo proporcionado de la acción de las fuerzas de seguridad dada «la postura ideológica de los dos periódicos» (se trataba de los diarios *Deia* y *Egin*) y la propia intervención de los testigos en la manifestación no autorizada en cuya disolución se produjeron los daños. El argumento es plausible, coligiéndose de él que si la desproporción hubiera sido apreciada por el TS la completa exoneración de la Administración no hubiera tenido lugar. En la misma línea de la total exoneración a consecuencia de una respuesta policial que se reputa proporcionada a la conducta ilícita de la víctima (participación en una manifestación violenta), véase la Sentencia de 22 de abril de 1994 (Arz. 2722) que, en sintonía con el criterio de CARRO antes reseñado, apela a la inexistencia de lesión antijurídica.

La idea de proporcionalidad está también presente en la STS de 14 de octubre de 1986 (Arz. 6543) que resuelve la reclamación indemnizatoria por la muerte de quien viajaba en la parte posterior de una motocicleta cuyo conductor no atendió una orden de alto de la Guardia Civil. De ahí deduce el TS que

«de una parte el servicio de vigilancia de carreteras funcionó anormalmente, no ya sólo por la posible desproporción entre el hecho de no atender la orden de “alto” y la reacción de la fuerza actuante, sino también por la patente ineptitud del agente que queriendo disparar a la rueda trasera hiere de muerte a quien viajaba en el asiento posterior; y, de otra, que el fallecido que no conducía la moto, sino que era llevado en ella por el conductor, de ningún modo pudo realizar ni realizó acto alguno que permitiera romper el nexo causal entre los disparos de la fuerza actuante y el resultado dañoso de éstos».

Patente ineptitud del agente. Está bien que el TS haga notar este detalle. Nunca hay que dejar de insistir en que si los policías disponen de armas de fuego han de estar en condiciones de utilizarlas adecuadamente. Ineptitud que, a la postre, revierte en un funcionamiento anormal, amén de posiblemente, dice el TS, desproporcionado. Ahora bien, la Sentencia deja en el aire una pregunta que inquieta un poco: ¿cuál hubiera sido el fallo si el muerto hubiera sido el conductor de la motocicleta?, ¿se hubiera roto entonces el nexo causal? Indudablemente, en tal caso el funcionamiento del servicio seguiría siendo anor-

mal, la ineptitud del agente seguiría existiendo y la falta de proporcionalidad también; pero no se sabe qué hubiera fallado el TS en tal caso.

Bastante más claras son las Sentencias de 4 de febrero de 1985 (Arz. 986) y de 28 de enero de 1986 (Arz. 69), recogiendo en la primera los siguientes argumentos de la Sentencia apelada:

«No basta un arranque ilícito de la conducta para liberar de antijuridicidad el resultado dañoso, sino que es preciso que aquélla, en continuada ilicitud, afecte al propio funcionamiento, se interfiera en el mismo y provoque como consecuencia natural una situación que, en este caso y sólo en este caso, tendría la obligación moral y jurídica de soportar el que la determina, y haciendo aplicación de esta doctrina al hecho enjuiciado se obtiene que la sustracción anterior de un vehículo y la huida ante la fuerza pública para no ser identificados no es causa directa que se introduzca en el hecho de disparar la Guardia Civil si bien con funcionamiento del servicio público, ni hay proporción entre el resultado producido, la muerte de una persona, y la conducta de ésta aunque venga viciada por un origen antijurídico.»

En la Sentencia de 28 de enero de 1986 se trata de nuevo de un resultado de muerte a consecuencia de los disparos de la policía ante la desobediencia de los ocupantes de un vehículo a la orden de alto. Y también en este caso el TS acepta los argumentos de la Sentencia apelada, que son los siguientes:

«No puede, sin embargo, admitirse, como la Administración pretende, que la causa de la acción dañosa resultase así imputable a la conducta culpable del lesionado, puesto que, en primer lugar, nada aparece probado acerca de que el mismo hubiese efectuado acto alguno contrario a la Ley, y en tal aspecto su huida tampoco consta que estuviera determinada por el alto de los policías a quienes pudo no identificar confundiendo su actuación con la de otro tipo de personas. Pero, además y sobre todo porque, aunque subjetivamente los policías pudieran entender necesario el hacer fuego para impedir la huida de un vehículo al que habían intentado detener, es ya doctrina jurisprudencial la de que no basta con esa mera actitud de huida para configurar una acción ilegítima de la víctima con entidad suficiente como para justificar el uso de las armas y romper el nexo de causalidad entre la acción de los agentes y el resultado de los disparos, trocando los actos de huida en causa de su muerte.»

Y con absoluta precisión apostilla la Sentencia de 28 de enero de 1986:

«Aunque se estimase probado que los inspectores de policía intervinientes en el suceso de autos realizaron correctamente todos los actos necesarios para identificarse como tales inspectores ante el fallecido y que éste emprendió la huida en el vehículo que conducía plenamente conocedor de dicha condición de agentes de la autoridad con el propósito de eludir el control policial y no por temor a que los individuos que intentaban pararlo fuesen delincuentes o terroristas, no se podría a pesar de ello estimar producida la ruptura de la relación de causalidad entre su muerte y el funcionamiento del servicio de seguridad pública que realizaban dichos inspectores y ello porque la huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de armas de fuego para impedirla.»

Creo que poco hay que añadir a esta correcta doctrina jurisprudencial. Quizá tan sólo cabe indicar que, en caso de que se hubiera acreditado que la víctima realmente huía de la policía —lo que de entrada presupone que los agentes se habían identificado suficiente y correctamente—, la Sala debía de haber ponderado las culpas graduando, en consecuencia, el monto indemnizatorio entre la víctima y la Administración.

Esta última solución, la de la graduación de la cantidad con que se condena a la Administración a indemnizar si la conducta de la víctima no rompe el nexo causal pero lo interfiere, es la más razonable habida cuenta de que cuando dicha interferencia ocurre estamos ante una verdadera concurrencia causal determinante de la producción del daño, por lo que algún reflejo tiene que tener sobre la cifra indemnizatoria³⁹. Es en este sentido muy significativa la Sentencia de 29 de mayo de 1991 (Arz. 3901), que resuelve sobre la indemnización solicitada por los tres hijos de un matrimonio fallecido a causa de los disparos de la policía. El TS aplica de nuevo la doctrina de la falta de proporcionalidad dado que, dice, la huida motivada porque las víctimas llevaban en el coche género de contrabando no es razón suficiente para el empleo de las armas de fuego, debiendo imputarse a los disparos la causa directa del resultado producido. Sin embargo, considera el TS que son de tener presentes las circunstancias en que los disparos se produjeron; dice así la Sentencia citada:

«La existencia de un control policial con las debidas señalizaciones que obedecieron otros vehículos que circulaban con el que se dio a la fuga desatendiendo los indicadores y requerimien-

³⁹ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 700-701; A. NIETO, *op. ult. cit.*, pp. 431-432.

tos que se le hicieron; los disparos previos de advertencia, la contumacia de huir emprendiendo marcha atrás y la creencia fundada de que los viajeros fueran componentes de banda terrorista, son circunstancias que si bien no son jurídicamente relevantes para derivar de ellas una interrupción, como elemento ajeno a la actuación policial, de la relación de causalidad que excluya y exonere a la Administración de responsabilidad, sí tienen trascendencia para la fijación del *quantum* indemnizatorio, por interferirse en la relación de causalidad, lo que permite ponderar la evaluación de los daños producidos de manera que no sean enteramente imputables a la Administración; esto es, la conducta de los perjudicados y las circunstancias que le rodean no eliminan la producción del daño y no sería justo que ello fuera así en un reparto de bienes y males en que consiste la Justicia, pero tampoco puede ser ignorada, con la consecuencia de hacer recaer en la Administración la totalidad del daño producido, por lo que de causa concurrente tiene en la producción del resultado lesivo, lo que determina el reparto proporcional del deber de resarcimiento; esto nos es permitido hacer al amparo del artículo 1.103 del Código Civil, con los datos de que disponemos, moderando así la responsabilidad, porque también es razonable concluir que el resultado lesivo no se produjo a los vehículos que atendieron a la indicación del control policial y sólo se ocasionaron a quienes huyeron, de manera tal que de no haberse conducido en la forma en que se condujeron, también es razonable concluir que no hubieran sufrido más daños que el derivado de portar tabaco de contrabando, ilícita actuación de la que quisieron evadirse con la huida que emprendieron sin conseguirlo; se impone así una distribución en la carga indemnizatoria en cuanto a las cantidades que la Sentencia apelada acuerda conceder y distribuir, disminuyéndolas en un 25 por 100 en cada una de ellas.»

Concurrencia de causas y disminución proporcional de las cantidades que debe abonar la Administración. Se sigue la regla del artículo 1.103 CC y un criterio jurisprudencial consolidado que en materia de daños policiales puede estar llamado a conocer frecuentes aplicaciones. No obstante, hay que señalar que de todas las Sentencias estudiadas es sólo la de 29 de mayo de 1991 la que opta por esta solución. ¿Cuál es el motivo?; a mi juicio, el siguiente: en no pocas ocasiones el Tribunal sentenciador no llega al convencimiento de que la víctima cometiera una conducta ilícita susceptible de interferir el nexo causal. Y es que, se ha indicado ya, no basta con que las fuerzas de seguridad afirmen que el lesionado se condujo de forma antijurídica, hace falta acreditarlo correctamente, hace falta probarlo. De no hacer-

se así, la jurisprudencia rechaza la ruptura o interferencia del nexo causal y, con ella, sus consecuencias en el reparto indemnizatorio. En este sentido, Sentencias de 23 de mayo y 13 de junio de 1984 (Arz. 4370 y 4374) y de 18 de marzo y 17 de julio de 1985 (Arz. 2635 y 3920).

VI. DEDICACION PROFESIONAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. DAÑOS CAUSADOS POR FUNCIONARIOS DE POLICIA FUERA DE SERVICIO

1. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE DEDICACIÓN PROFESIONAL O SERVICIO PERMANENTE

Es bien sabido que, por utilizar palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, la situación iusadministrativa del sujeto es el presupuesto de la imputación, que la organización administrativa es el título de imputación básico de la lesión antijurídica a la Administración. De ahí que, dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «si el daño que se intenta reparar surge de la conducta de una persona física, todo el problema se reduce a constatar la integración del agente en la organización prestadora del servicio o actividad»⁴⁰. En materia de policía de seguridad, en la que la lesión se produce normalmente por obra de una concreta e identificable persona física, el fenómeno de la imputación reviste características muy singulares porque, según dispone el artículo 5.4 LOFCS, los funcionarios de policía deberán intervenir siempre, se hallen o no de servicio, en cualquier tiempo y lugar, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana. Lo que no quiere decir que estén permanentemente de servicio, como ha dicho con razón la STC 234/1991, de 10 de diciembre (RUBIO LLORENTE), sino que aunque estén francos de él surge el deber legal de actuar en el cumplimiento de las misiones que tienen asignadas.

La jurisprudencia penal del TS se ha preocupado repetidas veces por definir qué se entiende por el llamado, hasta la LOFCS, servicio permanente⁴¹, resultando de interés que nos detengamos por un momento en la cuestión antes de abordar el tema que realmente importa aquí: el de la incidencia del servicio permanente o dedicación profesional sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es la Sentencia de 11 de junio de 1981 (Arz. 2645) una de las pioneras, en lo que me consta, en aproximarse a la situación de servicio perma-

⁴⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., vol. II, pp. 380-381.

⁴¹ Situación que, por cierto, estaba ya contemplada en cierto modo en el RD de 30 de enero de 1844, una de las piezas normativas fundacionales del moderno sistema policial español. Vid. BARCELONA LLOP, *Régimen jurídico*, cit., p. 63.

nente que, dice, «ha de entenderse larvado, latente, expectante y en suma inexistente, en tanto en cuanto una situación conflictiva de las previstas en la ya calendada Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía, no le obligue a intervenir (...) y es en ese y a partir de ese momento cuando están [los funcionarios de policía] en situación de servicio real y efectivo». En la Sentencia de 23 de septiembre de 1982 (Arz. 4955), el TS consideró que «el gravamen de considerarse siempre en servicio permanente (...) lo es sólo en la doble faceta de intervenir como si se encontrara de servicio ordinario, pero de hacerlo únicamente en relación con las misiones» que el ordenamiento encomienda a las fuerzas de seguridad. En el caso, el TS no apreció la situación de servicio permanente dado que el procesado «se ausentó del Cuartel [de la Guardia Civil] en que se encontraba, sin permiso de sus mandos y sin causa ni motivo legal que lo justificase, y cometió el delito [de homicidio en grado de frustración] por el que se le condena después de abandonar el servicio, en un acto de enfrentamiento con otro ciudadano por cuestiones relativas al acompañamiento de una mujer».

La doctrina jurisprudencial expuesta se ha ido afianzando posteriormente. Así, no cabe alegar la situación de servicio permanente en el caso de un delito de homicidio y otro de amenazas cometidos por un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado que se encontraba en un establecimiento de «barra americana». El funcionario consideró que la actitud del dueño del bar y de una de las camareras constituían desprecio hacia su condición de policía, perpetrando seguidamente los delitos por los que fue procesado; el TS fue, en este caso, especialmente puntilloso: la conclusión de que el policía no actuó cubierto por la situación de servicio permanente no se vio enervada por el hecho de que éste solicitara su licencia a un vendedor ambulante que penetró en el establecimiento (Sentencia de 18 de enero de 1984, Arz. 34). El servicio permanente tampoco sirve para amparar la conducta de un funcionario de policía que, de paisano, paseaba por un barrio de Bilbao, caracterizado por ser foco de frecuente criminalidad; en el curso de su periplo se enfrentó con dos mujeres, insultando a una y zarandeando a la otra, pretendiendo llevarlas consigo a la Comisaría. A consecuencia de ello, y como quiera que se organizó un barullo callejero y que varias personas empezaron a insultar y a amenazar al agente, éste, haciendo caso omiso de la desautorización del capitán que le acompañaba, efectuó un disparo al aire y emprendió la huida, abriendo fuego repetidas veces con el luctuoso resultado de una muerte y cuatro personas heridas (Sentencia de 11 de diciembre de 1984, Arz. 6263). Tampoco cabe alegar el servicio permanente cuando el agente, franco del ordinario, dispara inesperadamente, desde la distancia de un metro y con un arma no reglamentaria, contra un grupo de personas reunidas conversando en la vía pública, ocasionando a una

de ellas lesiones que le produjeron gran invalidez (Sentencia de 28 de mayo de 1985, Arz. 2550). Ni tampoco cuando el funcionario comete un delito de homicidio en el curso de una riña privada, aunque llegara a identificarse como Guardia Civil (Sentencia de 28 de mayo de 1992, Arz. 4398); menos aún si, en estado de ebriedad, sin identificarse y sin incidente previo alguno que pudiera fundamentar su intervención, el agente perpetra un delito de homicidio en grado de frustración (Sentencia de 2 de noviembre de 1992, Arz. 8868).

Sí que procede apreciarlo, en cambio, cuando el funcionario de policía «actuó no como un particular, sino en el ejercicio de sus funciones, como miembro del Cuerpo Superior de Policía, al intuir subjetivamente, aunque se equivocase en tal apreciación y posteriormente se excediese en el cumplimiento de su obligación, de la posible comisión del delito que intentaba, desde su óptica errónea, garantizar la seguridad ciudadana, aunque en aquel supuesto ésta no estuviese amenazada, es decir, no intervino a título particular, sino en el ejercicio de sus funciones» (Sentencia de 2 de febrero de 1988, Arz. 842). O si el policía, «aun estando de paisano y gozando de horas libres, intervino para poner orden y aclarar un hecho delictivo» (Sentencia de 19 de octubre de 1992, Arz. 8341).

El criterio de la jurisprudencia de la Sala 2.^a es, pues, bastante claro: sólo cabe apreciar la operatividad de la situación de servicio permanente cuando el policía, franco del ordinario, actúa en cumplimiento de las misiones encomendadas a las fuerzas de seguridad en virtud de su obligación legal de intervenir en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio, en defensa de la ley y en garantía de la seguridad ciudadana⁴². Cuando tal ocurre, el agente actúa como si estuviera de servicio ordinario, con una fundamental consecuencia: la eventual antijuridicidad de su conducta podrá quedar excluida por aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber y, desde el punto de vista patrimonial, la responsabilidad se desplaza hacia la Administración en virtud de los criterios generales aplicables en la materia. De donde se deduce que la imputación de daño al funcionamiento del servicio no queda reducida a los casos en los que el agente de policía cumple con su servicio ordinario, sino que se extiende también a aquellos otros en los que, estando fuera de servicio, tiene la obligación legal de intervenir. Y repárese en que cuando están fuera de servicio los funcionarios de policía pueden portar armas de fuego. El legislador ha op-

⁴² Como dice, por ejemplo, la Sentencia de 28 de mayo de 1992, ya citada, «el funcionario policial (...) reencuentra su relación vinculante con el Estado cuando obligatoriamente ha de intervenir en cumplimiento de sus deberes, si de mantener o restaurar el orden público se trata, si de velar por la seguridad de las personas o de las propiedades se trata, si de aprehender a presuntos delincuentes, auxiliar a víctimas o recuperar los objetos del delito se trata, aunque todo ello acontezca en situación de francos de servicio».

tado por esta solución ⁴³ y, como veremos luego, de ahí ha extraído consecuencias alguna jurisprudencia en orden a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. SOLUCIONES CONTRADICTORIAS EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA SOBRE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEDICACIÓN PROFESIONAL. EL TEMA DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR FUNCIONARIOS FUERA DE SERVICIO

Si la actuación lesiva de un funcionario de policía en situación de servicio permanente determina el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración de que se trate, parece que, en buena lógica, cuando tal situación no concurre y el policía está franco del servicio ordinario, dicha responsabilidad no ha de ser declarada. Es decir, si el funcionario actúa con total desconexión de los fines que a la organización en que se integra encomienda el ordenamiento, la responsabilidad de las Administraciones públicas no puede ni debe nacer porque, pura y simplemente, faltará la imputación. En este sentido, y aunque elaborado a otro propósito, puede recordarse el argumento de la citada STC 234/1991: si la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos no cae dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y, en consecuencia, no puede ser objeto de la disciplina de ésta ⁴⁴, también cabrá admitir que si la actuación del policía se produce al margen de su función la responsabilidad patrimonial no ha de hacerse recaer sobre la Administración. Y, sin embargo, las respuestas jurisprudenciales son en este punto contradictorias, respuestas que atienden a dos problemas fundamentales: si el funcionario actúa en situación de servicio permanente y si son imputables a la Administración los daños que cause estando fuera de servicio y sin venir cubierto por aquella situación. Son temas distintos aunque en algún momento entren en conexión; y sobre todo en el segundo de ellos se encuentra

⁴³ En las páginas 102 y 103 de la primera versión de este trabajo expongo la normativa existente al respecto, tanto estatal como autonómica. En relación con la primera hay que actualizar la referencia al Reglamento de Armas, pues hoy rige el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, mientras que al elenco de normas autonómicas hay que añadir la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad de Cataluña —*Mossos d'Esquadra*.

⁴⁴ La STC 234/1991 es la primera, en lo que me consta, en perfilar los contornos, tan problemáticos, de la admisibilidad de la doble sanción por unos mismos hechos cuando media una relación de sujeción especial. Creo que de la Sentencia, que recae tras un recurso de amparo interpuesto precisamente por un funcionario de policía, se desprende que si el funcionario ha sido penalmente sancionado por un delito distinto de aquellos que sólo pueden cometer los funcionarios públicos podrá existir, también, sanción administrativa a la vista del diferente bien jurídico protegido por uno y otro acto punitivo; no así en los demás casos porque entonces el fundamento de las dos sanciones sería el mismo. Me remito a lo que indico en «Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad», DA, núm. 229, 1992, pp. 159 y ss.

una de las claves más importantes de la extensión que en nuestro ordenamiento conoce el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas. Clave que conduce inexorablemente a una pregunta que no corresponde responder ahora: ¿hasta dónde puede llegar la cobertura pública de los daños?, ¿hasta dónde puede llegar la atribución jurídica del deber de indemnizar al erario público? Pero veamos el estado de la jurisprudencia.

La STS de 25 de abril de 1986 (Arz. 2964) resuelve una demanda de indemnización por las lesiones producidas por arma de fuego reglamentaria a un paisano, encontrándose el causante, un miembro de la Guardia Civil, franco de servicio ordinario. Los hechos ocurrieron en un bar de Gernika, mostrando ambos implicados síntomas de embriaguez. La Administración opuso que se había tratado de una mera reyerta entre ciudadanos, por lo que los daños no eran imputables a ella, habiéndose pronunciado en el mismo sentido el Consejo de Estado. Otra, en cambio, fue la opinión del TS:

«El servicio falló en este caso, porque el agresor, como miembro de una Institución que impone a sus componentes un estado de servicio permanente, no puede ser considerado en ningún momento como “un simple ciudadano”, fallando el servicio porque previamente falló la disciplina, tan inherente a este Cuerpo, de carácter militar, dando lugar con ello a que este Guardia se permitiera recorrer el día de autos diversos bares de la localidad, a altas horas de la noche, hasta encontrarse en estado de embriaguez en el lugar de los hechos enjuiciados, lo que implica un alto riesgo para los demás, al estar en posesión de su arma reglamentaria.»

En principio, la Sentencia yerra en un punto cardinal: la situación de servicio permanente no tiene el alcance que quiere darle el TS en este caso; no se está siempre de servicio permanente, simplemente se actualiza la situación cuando concurren las circunstancias establecidas en la norma. Y si tal no sucede, el funcionario de policía que comete un hecho delictivo, esté o no embriagado, actúa bajo la condición de un simple particular. Del mismo modo que lo hacen todos los demás funcionarios. Sin embargo, la Sentencia no lo entiende así:

«El servicio funcionó un tanto irregularmente, porque quien debía contribuir, por su función, a asegurar el orden, se convirtió en un elemento perturbador del mismo, llegando al extremo de comportarse agresivamente, sin la menor justificación, produciendo lesiones tan graves como las que causó a su víctima. Concurren, pues, motivos más que suficientes para imputar el daño

sufrido por el agredido a la Administración del Estado, sin necesidad de entrar en disquisiciones subjetivas de culpabilidad, puesto que, como es sabido, la moderna responsabilidad civil se ha construido más bien en nociones objetivas y de riesgo.»

Mucho aparece la palabra riesgo en esta Sentencia; riesgo que comporta la embriaguez de quien porta armas, riesgo en cuanto noción sobre la que se construye la moderna responsabilidad civil. Riesgo que, en mi opinión, no puede utilizarse como criterio de imputación porque no hubo en el caso un funcionamiento normal del servicio; es más, ni siquiera hubo funcionamiento del servicio porque el causante del daño actuó completamente al margen de él. Me parece que en la Sentencia de 25 de abril de 1986, el TS se ha dejado llevar por un dato de capital importancia y que se debe valorar en sus justos términos pero que no se consideró adecuadamente en el caso. Me refiero al hecho, ya aludido, de la permisividad de la porta de armas fuera del servicio. Esta es una cuestión de la máxima importancia pero que no se debe mezclar con el concepto de servicio permanente que es lo que, da la impresión, el TS hace en el caso. Si se quieren imputar a la Administración los daños derivados del uso de las armas por los agentes de policía fuera de servicio y actuando al margen por completo de él, hay que buscar otras explicaciones y no la del servicio permanente, porque esta noción tiene unos límites institucionales que no se pueden ensanchar.

Pero junto a fallos como el comentado existen otros de signo contrario. Un primer exponente se encuentra en la Sentencia de 20 de mayo de 1986 (Arz. 3264), dictada poco después de la que se acaba de estudiar, que procede de la misma Sala del TS que ésta, la 4.ª, y que, en un supuesto parecido, decide de modo completamente distinto. Resuelve, concretamente, la apelación interpuesta contra la Sentencia de la AN de 18 de octubre de 1983, desestimatoria de la reclamación por los daños ocasionados al actor por unos policías nacionales que, fuera de servicio, se encontraban en un bar de San Sebastián.

En su Sentencia, la AN expresó algunas dudas en torno a la autoría de las lesiones, dudas que ya habían prendido anteriormente en el órgano jurisdiccional penal que decretó el sobreseimiento provisional de las diligencias por falta de autor conocido de las lesiones que luego darían lugar a la pretensión indemnizatoria. Pero es que, además, dice la AN, aunque la duda sobre la identificación del autor o autores se inclinara a favor de la tesis actora, tampoco sería posible acoger su pretensión, dado que bajo ningún concepto la conducta lesiva puede inculparse en el funcionamiento del servicio de policía de seguridad. Argumento éste que hace suyo y desarrolla el TS:

«Habiéndose resuelto acertadamente, por la Sentencia apelada de la Audiencia Nacional, la cuestión promovida en este proceso en el que aparte de no haberse probado por la prueba practicada a instancia del demandante la identidad de los agresores como policías nacionales, lo que sí resulta patente es la improcedencia de la reclamación de unas indemnizaciones por unas lesiones atribuibles a unos servidores del Orden Público por unas acciones cometidas sin relación alguna con el ejercicio de su función (...), ya que no se puede responsabilizar al Estado por lo que se haga u omita por un particular, o por quien esté revestido de autoridad o sea empleado público pero obre al margen de esa condición, y por ello sin relación alguna con el funcionamiento normal o anormal del servicio público.»

Es cierto que sobre el caso planeaba el problema probatorio, pero del razonamiento del TS se infiere claramente que, aunque hubiera sido resuelto en el sentido propugnado por la parte actora, la solución hubiera sido la misma. Tan sólo quiero indicar que el TS habla de falta de nexo causal cuando en realidad lo que falta es la imputación de los daños al funcionamiento del servicio.

Otra Sentencia representativa de esta línea jurisprudencial es la de 15 de mayo de 1990 (Arz. 3817), resolutoria de la apelación elevada contra la Sentencia de la AT de Bilbao que declaró la responsabilidad del Estado por los daños causados por un policía nacional fuera de servicio en un bar de la capital vizcaína. En su Sentencia, y a la inversa de lo sostenido en la de instancia, el TS considera que «la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de sus servidores que no guarden relación con el servicio». En su apoyo, la Sentencia de 15 de mayo de 1990 cita la que acabamos de ver de 20 de mayo de 1986 y la de la Sala 2.^a de 30 de mayo de 1988 (Arz. 4105), según la cual la situación de servicio permanente «no puede servir de base para un pronunciamiento que ponga la responsabilidad civil a cargo del Estado en aquellos casos en que el delito o falta cometidos por el agente público se hallen desconectados del servicio policial que le es propio, pues carece de toda justificación que actuando el agente de manera singularizada, sin propia conexión con aquellos deberes que la Ley le impone, se trate de acarrear al Estado la responsabilidad civil de segundo grado considerada en el artículo 22 del Código [Penal]».

Luego nos detendremos en este último precepto; baste ahora con señalar que estos dos fallos resultan más correctos que el estudiado en primer lugar si lo que se pretende es engarzar la responsabilidad administrativa a través de la noción de servicio permanente. Si el funcionario franco de servicio interviene en defensa de la Ley y de la segu-

ridad ciudadana lo hace a todos los efectos como un agente de policía, la Administración competente es la que debe responder de forma directa y objetiva por los daños que cause; pero si actúa como un particular, la responsabilidad es puramente personal. Ahora bien, sobre esta conclusión, que es la más coherente con los fundamentos de la responsabilidad administrativa, planea una importante sombra: el policía fuera de servicio puede portar el arma de fuego reglamentaria porque así se considera conveniente en función de la índole de sus cometidos profesionales. ¿No ha de incidir esto de algún modo sobre la conclusión correcta apuntada?, ¿no ha de reflejarse esto de alguna manera en los casos en los que el arma de fuego es el instrumento productor del daño causado por el agente fuera de servicio? Aquí está, en mi opinión, el quicio del problema. Y hay que resolverlo al margen de cualquier interpretación expansiva de la noción de servicio permanente.

Y eso es lo que pretende la STS de 27 de mayo de 1987 (Arz. 3488), en cuyo sustrato fáctico se encuentran los siguientes acontecimientos. Un policía nacional de vacaciones solicita en un bar droga blanda para consumo propio; no obteniéndola, se dirige a unos jóvenes que se encontraban en la calle, según parece fumando porros, que tampoco se la dieron pese a la insistencia de aquél. Entonces, el funcionario les manifiesta que es policía —aunque sin identificarse de manera clara y correcta—, y les pide la documentación. Negándose los jóvenes a hacerlo, da comienzo una discusión que acaba con un disparo a quemarropa en el tórax de uno de ellos, disparo proveniente del arma reglamentaria del policía de vacaciones; éste paró el primer vehículo que pasaba e introdujo en él al joven, que falleció momentos después.

En ningún momento pone en duda el TS que la finalidad de la intervención del causante del daño permaneció constantemente ajena a las misiones encomendadas a las fuerzas de seguridad,

«ya que desde el inicio del incidente lo que aquél pretendía era obtener algo de droga para su consumo propio, siendo los acontecimientos posteriores mera consecuencia de la actuación originada por dicho motivo inicial, sin que en ningún momento se llegara por parte del policía a realizar una conducta objetiva de prestación de un servicio de orden público, salvo cuando acudió en auxilio de don Francisco V. M., después de herirlo mortalmente. Es significativo señalar que el mismo policía era consciente de que no actuaba de acuerdo con la idea de servicio público, como lo acredita el que nunca se identificara inequívocamente, sino que a lo más que llegó en este sentido fue a exhibir rápidamente su carnet de policía una sola vez, sin que insistiera en identificarse de manera clara y de correcta forma, a pesar de las dudas que se habían suscitado en el grupo de jóvenes acerca de la realidad de su condición de funcionario policial».

Todo parece indicar, pues, que la Sentencia iba a ser desestimatoria; sin embargo, y citando la STS de 20 de mayo de 1986, ya estudiada aquí, considera que la doctrina de ésta —cuyo núcleo básico ha de ser mantenido y ratificado, dice la de 27 de mayo de 1987— permite una ampliación de la responsabilidad de la Administración en estos casos, ampliación a la que, al menos en la lectura que entiendo más adecuada, en ningún momento parece invitar la Sentencia que ahora el TS toma como punto de referencia, y ampliación que se refleja en la extensión de la responsabilidad patrimonial

«a los casos en que la organización y funcionamiento de los servicios públicos creen situaciones de riesgo cuya realización concreta, aunque individualmente responda a una conducta del agente ajena al servicio, no obstante sea susceptible de imputarse razonablemente a aquel riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentra en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración, por considerarla la opción más acorde con el interés público.

Conforme a este criterio, lo primero que resalta en el acontecer que concluyó con la muerte del joven Francisco V. M. es que un policía nacional, que se encontraba de vacaciones y que de madrugada rondaba en busca de diversión, fuera portador de su arma reglamentaria, siendo éste, con toda evidencia, el elemento determinante del final luctuoso del suceso. Sin entrar en el examen de la razón de oportunidad que aconseja al Estado organizar sus Cuerpos de Seguridad de manera que los miembros pertenecientes a los mismos puedan portar las armas reglamentarias aun cuando estén fuera de servicio, lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos que, por desgracia, no es la primera vez que originan un siniestro mortal. Ahora bien, si a pesar de ello el sistema se mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige. Consecuentemente, debe asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañosos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva dichos resultados serán imputables a su funcionamiento».

De modo que no estamos ante una apreciación extensiva de la situación de servicio permanente o dedicación profesional, sino ante la imputación de los daños a la Administración a consecuencia del modo en que organiza el servicio y aunque se produzcan con ocasión de actuaciones desconectadas de las misiones constitucionales y legales de

las fuerzas de seguridad. Sin duda, la ampliación de la responsabilidad es notable.

Comentando esta Sentencia, E. NAVARRO MUNUERA ha puesto de relieve lo inadecuado de la aplicación de la teoría del riesgo, proponiendo en cambio como criterio de imputación el del funcionamiento anormal del servicio público, reconociendo la vestidura externa pública de la conducta lesiva del agente desde la perspectiva del sujeto dañado ⁴⁵. Y creo que es verdad lo que este autor considera en relación con la doctrina del riesgo; ésta es operativa en el plano del funcionamiento normal del servicio y en el caso resuelto por la STS de 27 de mayo de 1987, como en la anteriormente citada de 25 de abril de 1986, es evidente que ni siquiera hubo funcionamiento del servicio.

Tema distinto es el de la perspectiva del sujeto dañado, el de si éste pudo creer que estaba realmente ante un agente administrativo en el ejercicio de sus funciones. Perspectiva subjetiva de difícil probanza en muchos casos y que tampoco me parece suficiente si no va acompañada de una actuación del funcionario que permita, con un cierto grado de certeza, no hace falta que sea absoluta, llevar al convencimiento de la víctima de que aquél actúa en su condición de servidor público. En el caso de los miembros de las fuerzas de seguridad, existe un deber inequívoco de identificación, deber que para el Cuerpo Nacional de Policía recuerdan el RD de 4 de diciembre de 1987 y la OM de 8 de febrero de 1988. Si el agente no cumple correctamente con él, difícilmente podrá el ciudadano considerar subjetivamente que aquél actúa en el desempeño de sus funciones y, en consecuencia, la perspectiva de la víctima a que alude NAVARRO MUNUERA no puede ni siquiera nacer.

De ahí que, en mi opinión, si en virtud del principio de garantía patrimonial del dañado se desea extender la responsabilidad a supuestos como éste, haya que acudir a otros criterios; básicamente al de la imputación del daño al funcionamiento del servicio en virtud de los criterios legales o reglamentarios rectores de su organización. El problema es complejo y a él se ha referido L. MARTÍN REBOLLO a la vista, precisamente, de la Sentencia que ahora se comenta ⁴⁶. ¿Cómo se interrelacionan imputación y modo de organizar y gestionar el servicio?, ¿han de excluirse del sistema de la responsabilidad daños como el que incluye la Sentencia de 27 de mayo de 1987?, ¿hay que eliminar la llamada dedicación profesional?, ¿hay que prohibir que los funcionarios de policía porten armas fuera del servicio ordinario? Son interrogantes de la máxima importancia y quizá sea precisa una solución legislativa

⁴⁵ E. NAVARRO MUNUERA, «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», REDA, núm. 60, 1988, pp. 603 y ss.

⁴⁶ L. MARTÍN REBOLLO, *Nuevos planteamientos*, cit., p. 2804.

que opte por una respuesta u otra en lugar de cargar la resolución del problema sobre las espaldas de los Jueces con el consiguiente peligro de fallos divergentes en supuestos similares. A mi juicio si se decide en favor de la extensión de la responsabilidad patrimonial con base en la máxima garantía patrimonial de la víctima, la imputación pasa por el modo en el que el servicio se organiza; si las armas de fuego pueden ser portadas fuera del servicio y por ello se causan daños a terceros en situaciones ajenas al cumplimiento de misiones policiales en sentido estricto, la víctima debe ser resarcida precisamente porque hay conexiones entre la lesión y el servicio que, aunque propiamente no haya funcionado, ha facilitado la comisión del hecho en virtud de las reglas que la Administración estima más oportunas para su mejor prestación. Todo ello sin olvidar que, según señala la Sentencia de 14 de diciembre de 1993 (Arz. 9446), la responsabilidad, si bien en el caso se trataba de la civil subsidiaria, puede surgir si en la infracción cometida al margen del servicio se utilizan medios o instrumentos, como las armas, «que la Administración tiene el deber de controlar en su uso, tanto por la peligrosidad que las mismas encierran, cuanto por la eventualidad de un uso desviado de su finalidad».

Tan sólo procede, para terminar, una precisión: la respuesta apuntada queda limitada al empleo de las armas de fuego, no a cualesquiera otras violencias policiales, porque sólo respecto de las primeras la organización y gestión del servicio permiten su conexión con éste. Por lo demás, y sobre esto volveré al final del presente trabajo, el principio de garantía integral del patrimonio dañado no se contradice, ni mucho menos, con que la Administración repercuta luego sobre el causante del daño ni con el precedente ejercicio de la potestad disciplinaria.

VII. ALGO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El tema de los daños cometidos a terceros por los miembros de las fuerzas de seguridad tiene, como es fácil de comprender, una muy cualificada vertiente jurídico-penal. Lo más común será que, producida la lesión, se abra una investigación penal que, eventualmente, puede dar lugar a un proceso y a una sentencia. Estando plenamente capacitada la jurisdicción penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del delito es muy frecuente en el campo que nos ocupa la invocación del artículo 22 del Código Penal, relativo a la responsabili-

dad civil subsidiaria y cuya aplicación a las Administraciones públicas hace ya mucho tiempo que es pacífica⁴⁷. En virtud de dicho precepto, la indemnización podrá ser declarada en la sentencia penal, si bien no se ha rechazado que pueda luego el lesionado conseguir una indemnización en vía contenciosa siempre que, dice la Sentencia de 6 de febrero de 1987 (Arz. 2749), ello no suponga una doble compensación y se descuente la cantidad ya abonada a consecuencia del proceso penal.

Parece lógico que la aplicabilidad del artículo 22 CP a las Administraciones públicas haya de verificarse a la luz de la interpretación que habitualmente se otorga al precepto⁴⁸. En primer lugar, será necesaria la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la Administración que debe responder subsidiariamente; y, en segundo lugar, que la comisión del ilícito penal haya ocurrido en el desempeño del servicio propio del agente. No escasean aquí, es verdad, los matices y las inflexiones, pero los principios elementales están claros: relación de dependencia y actuación dentro del servicio que al agente corresponde. Cuando tal acontece, las Administraciones públicas podrán ser declaradas responsables civiles subsidiarios de los delitos o faltas cometidos por sus agentes. Naturalmente, la regla rige cuando de los delitos y faltas cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad se trata, como se aprecia fácilmente consultando los repertorios jurisprudenciales⁴⁹. Ahora bien, según indica la STS de 30 de abril de 1992 (Arz. 3335), si se declara extinguida la responsabilidad criminal en virtud de la apreciación de circunstancias eximentes distintas a las enumeradas en el artículo 20 CP, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado no se puede declarar. De ahí que, si ha habido lesión resarcible, el interesado deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo demás, sépase también que, en

⁴⁷ Para el proceso de paulatina aplicación del artículo 22 CP al Estado y otros Entes públicos, *vid.* J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 988 y ss.; F. SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», *La Ley*, año VII, núm. 1584, 26 de septiembre de 1986, pp. 4-5, y en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, IEF, Madrid, 1988, pp. 1820 y ss. Téngase en cuenta que el artículo 22 CP ha sido objeto de nueva redacción en virtud de la Ley 1/1991, de 7 de enero.

⁴⁸ Además de las obras citadas en la nota precedente, *vid.*, sobre el particular, M. BAJO FERNÁNDEZ, «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal. Importancia de su determinación», *RDP*, núm. 72, 1978, pp. 707 y ss.; L. MORILLAS DE LA CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 160 y ss.; así como las exposiciones que se encuentran en la manualística.

⁴⁹ Así, por ejemplo, y sin perjuicio de las que se van a citar más adelante, pueden verse las Sentencias de 16 de marzo de 1961 (Arz. 860), 25 de noviembre de 1965 (Arz. 5238), 6 de julio de 1970 (Arz. 3205) —si bien estas dos últimas se refieren a vigilantes municipales nocturnos y uniformados—, 6 de octubre de 1977 (Arz. 3671), 11 de junio de 1981 (Arz. 2645), 23 de septiembre de 1982 (Arz. 4955), 30 de marzo de 1983 (Arz. 2219), 30 de junio de 1983 (Arz. 3606), 18 de enero de 1984 (Arz. 34), 11 de diciembre de 1984 (Arz. 6263), 20 de abril de 1985 (Arz. 2114), o, en fin, de 28 de mayo de 1985 (Arz. 2550).

algún caso, la jurisprudencia ha declarado al Estado responsable civil subsidiario frente a otro organismo público, debiendo aquél indemnizar a éste de los perjuicios nacidos de la comisión de un delito de imprudencia temeraria por un Guardia Civil ⁵⁰.

En esta materia, preciso es atender a una cuestión que suscita la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que viene a alterar el régimen hasta ahora existente. Recuérdese que el artículo 111 LECr faculta al actor para renunciar al ejercicio conjunto de la acción penal y civil con la importante consecuencia de, siempre según tal precepto, no poder ejercitar la segunda hasta que la penal haya sido resuelta en sentencia firme, interrumpiéndose en consecuencia el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad. En un plano sustancial, al ulterior ejercicio de la acción civil ha de ser indiferente el resultado del proceso penal. Si hay lesión resarcible, causalidad e imputación, la Administración deberá responder y así lo declarará la jurisdicción contencioso-administrativa al margen de lo que resulte del proceso penal, aunque estimo que si los hechos a los que se imputa la lesión no se declaran probados en vía penal, la acción de responsabilidad no podrá prosperar porque faltarán la imputación y la causalidad, dado que ni una ni otra podrán predicarse respecto de acontecimientos no probados y, por ello, inexistentes jurídicamente. Diferente, por supuesto, será que no se pruebe la autoría concreta del daño: aunque ante la jurisdicción penal no conste quién fue el autor del hecho lesivo y, en consecuencia, el criminalmente responsable por él, en vía contenciosa bastará con la imputación al funcionamiento normal o anormal del servicio.

Dicho lo anterior, repárese en lo que dispone el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre:

«La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que

⁵⁰ STS de 16 de mayo de 1992 (Arz. 4324): «aunque lo que podríamos llamar Administración en general tiene un carácter unitario, ello no evita que las diversas instituciones y organismos que la componen sean independientes en su funcionamiento económico, pudiendo ser perfectamente acreedores o deudores unos respecto de los otros, ya que sus cajas de tesorería están sometidas a un diferente y concreto control de intervención. Esta idea surge aún más evidente cuando se trata de un organismo semipúblico como es un hospital militar de las características del Gómez Ulla. En todo caso, esa alegación de la existencia de la figura jurídica de "confusión" (el Abogado del Estado había aducido el artículo 1.192 CC: "quedará extinguida una obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor") entraña un verdadero sofisma, pues la obligación del Estado a favor del Hospital, si se tratase de un mismo deudor y acreedor, quedaría sin ser abonada por sus propias relaciones internas, sin necesidad de que los Tribunales de justicia tengan que pronunciarse sobre la aplicación de esa norma compensatoria, y menos aún los Tribunales del orden penal al tratarse, como máximo, de cuestiones administrativas a resolver dentro del ámbito interno de la Administración».

se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.»

Si me detengo un momento en la transcrita regulación es porque, como ya he dicho, en materia de daños policiales será frecuente la incoación de un proceso penal, introduciendo el precepto en el esquema antes diseñado una novedad de importancia que estriba en que el ejercicio de la acción penal ya no interrumpe, como regla general, el plazo de prescripción para la articulación de la reclamación de la responsabilidad. La doctrina ha saludado esta innovación⁵¹ que, ciertamente, no excluye la posibilidad de ejercitar la acción civil conjuntamente con la penal⁵² y que tiene la ventaja de, en caso de separar una de otra, eliminar la espera para el ejercicio de la civil hasta el momento del resultado del proceso penal. Independencia entre acciones y jurisdicciones que debe ser bienvenida por lo que tiene de favorecedora para la víctima, aunque su expresión a través de la no interrupción del plazo de prescripción a resultas de la exigencia de la responsabilidad penal no me parece demasiado afortunada. Pero no es éste el momento para reflexionar sobre ello ni tampoco sobre algunas dudas que la aplicación del precepto puede suscitar, de las que conviene prescindir ahora a fin de no desviarnos del discurso principal.

2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LOS DELITOS O FALTAS COMETIDOS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

Analizando la jurisprudencia más reciente, se aprecia en ella, como en general en toda la de la Sala 2.ª del TS que aplica el precepto, una clara tendencia objetivista en la interpretación del artículo 22 CP. Tradicionalmente, el fundamento del mismo se ha querido encontrar en las culpas *in eligendo* e *in vigilando*, pero el aforismo *cuius commoda eius incommoda* aparece también con cierta regularidad en la jurisprudencia, a veces junto a la idea de riesgo. Se habla, así, de las prestaciones beneficiosas que para el Estado derivan del servicio policial (Sentencia de 25 de enero de 1991, Arz. 355), o de que la persona o

⁵¹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., vol. II, p. 422; F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, p. 359.

⁵² Cfr. J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 399.

entidad que crea un riesgo u obtiene un beneficio de ciertas actividades debe soportar las consecuencias que se derivan de aquéllas (Sentencia de 19 de noviembre de 1990, Arz. 9661; Sentencia de 2 de febrero de 1988, Arz. 842).

Incluso se ha llegado a decir que las actividades policiales «integran un riesgo para la integridad física de los propios agentes y para el resto de los ciudadanos que se ven envueltos en cualquier acción de los mismos, por lo que este riesgo casi objetivo corresponde cubrirlo a la Administración y no sólo por una interpretación extensiva del artículo 22 del Código Penal, sino por imperativo constitucional que consagra el artículo 106.2 de la Constitución» (Sentencia de 3 de diciembre de 1991, Arz. 8965)⁵³. Y también que «de igual modo que en el ámbito jurídico-privado la existencia del principio de confianza y su derivado de buena fe objetiva enmarca una fuente de responsabilidad, también en el área pública esta especie de “oferta pública de seguridad” enmarcada en esa asignación de servicio permanente ha de conllevar de forma necesaria una contrapartida: la responsabilidad cuasi objetiva por la creación de ese riesgo posible. La responsabilidad de la Administración deviene así desimplicada de toda idea de culpa de la misma en la causación del daño a resarcir, pues deriva únicamente del dato del mal funcionamiento ocasional del servicio creado en tales condiciones previamente programadas, de las que la no limitación de horario de prestación no es aislada, ya que a ella se superpone decisivamente la dotación de armamento instrumental para el cumplimiento de los fines asignados» (Sentencia de 14 de octubre de 1991, Arz. 7103). Más sucintamente, pero con consecuencias en el fondo idénticas, la noción de riesgo es también mencionada por la Sentencia de 21 de junio de 1991 (Arz. 4780).

En otro orden de consideraciones, incluso se descartan cualesquiera otros fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria y se alude a la «exigencia hoy socialmente prevalente de un resarcimiento rápido a las víctimas o perjudicados cuando el agente de la actividad delictiva actúa en el ámbito de la relación de servicio que comprende la función» (Sentencias de 22 de diciembre de 1989, Arz. 9763, y de 22 de diciembre de 1991, Arz. 1349).

Diversidad de argumentos, pues, para razonar acerca de la ampliación del artículo 22 CP, y posiblemente acierte el TS cuando los utiliza en un intento de otorgar la mayor cobertura posible a las víctimas

⁵³ Sin entrar en la pretensión última de la Sentencia de 3 de diciembre de 1991, que no es otra que asegurar la reparación integral de la víctima, creo que es bueno diferenciar claramente entre los artículos 22 CP y 106.2 CE. Por muy acusada que sea la tendencia objetivizadora en la interpretación del primero, nunca se podrá ocultar que la responsabilidad civil que en el mismo se refleja deriva del delito y es subsidiaria; la del artículo 106.2 CE, que entronca derechamente con la legislación administrativa preconstitucional, es una responsabilidad directa y objetiva, por lo que las diferencias me parecen notables.

del ilícito penal cometido por las fuerzas de seguridad. Pero claro, no parece que haga falta acudir a ninguno de ellos si realmente se aprecia que alguno de los fundamentos tradicionales es apto para explicar la decisión concreta que se adopta. Así ocurre, por ejemplo, en las Sentencias de 18 de noviembre y 3 de diciembre de 1991 (Arz. 9626 y 8965, respectivamente), en las que el TS acude al clásico criterio de la culpa *in vigilando*. En la primera se condena a un funcionario de policía como autor de un delito de asesinato, concurriendo la atenuante analógica de trastorno mental transitorio. Los hechos nada tuvieron que ver con la prestación del servicio —puesto que el policía asesinó a una mujer con la que mantenía relaciones amorosas—, pero el TS no duda en declarar al Estado responsable civil subsidiario. ¿Por qué? Por una razón bien sencilla: la joven asesinada había denunciado que el funcionario le hacía objeto de reiteradas amenazas telefónicas, advirtiéndole, además, de que cada día observaba un comportamiento más agresivo y violento. Y, sin embargo, dice el TS, la denuncia

«no trajo consigo por parte de sus correspondientes jefes una investigación sobre lo que sucedía, ni un examen de la personalidad del procesado, lo que caso de haberse llevado a cabo; hubiera permitido descubrir rasgos psicopáticos de su carácter no plenamente compatibles ni adecuados con una segura y no peligrosa posesión de armas de fuego.

Así las cosas, decretar la responsabilidad subsidiaria del Estado es absolutamente correcto, pues en este caso sin necesidad de apoyarse en otros argumentos, también legítimos, se da una culpa *in vigilando* en las autoridades y mandos policiales, a los efectos que aquí interesan, innegable».

El argumento de la falta de vigilancia de las condiciones psíquicas del autor del delito aparece también en la Sentencia de 3 de diciembre de 1991. Los hechos acaecieron en unas dependencias policiales en las que un funcionario disparó su arma reglamentaria contra otros compañeros, siendo luego condenado por un delito de asesinato y dos de homicidio frustrado. Comoquiera que el procesado había mostrado con anterioridad una personalidad esquizoide con antecedentes de etilismo crónico, sin que por ello hubiera sido sometido a exámenes o tratamientos, concluye el TS que «no nos encontramos, por tanto, ante un simple funcionamiento anormal de un servicio público sino ante una verdadera culpa derivada de la falta de vigilancia sobre las conjeturas psíquicas de la persona que originó tan luctuoso suceso». Falta de vigilancia, culpa *in vigilando*. Y nótese que la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 ha sido aludida más atrás como exponente de la interpretación del artículo 22 CP amparada en la idea de un «riesgo casi

objetivo que corresponde cubrirlo a la propia Administración»; es claro, pues, que si los fundamentos tradicionales sirven en el caso concreto se acude a ellos, sin mengua de que a la vez se destaque la tendencia objetivadora con que la moderna jurisprudencia interpreta el precepto⁵⁴.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA POR DELITOS COMETIDOS EN ACTO DE SERVICIO

Presupuesto básico de la responsabilidad civil de segundo grado es, se ha dicho ya, que el ilícito penal se cometa en el desempeño del servicio, en el cumplimiento de las funciones encomendadas a las fuerzas de seguridad. Al margen de lo que se indica en el epígrafe siguiente, ninguna dificultad especial suscita este requisito en el campo que estamos analizando. Baste, por eso, con ejemplificar con algunas Sentencias recientes ciertos supuestos de hecho en los que el TS aprecia la efectiva concurrencia de dicho presupuesto y decreta la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente.

Así, el delito se comete dentro del desempeño de las funciones de las fuerzas de seguridad cuando se tortura a un detenido en las dependencias policiales (Sentencias de 20 de diciembre de 1989, Arz. 9685, y de 13 de diciembre de 1993, Arz. 9421); cuando de una imprudencia temeraria derivan cuatro fallecimientos, estando las víctimas custodiadas en un depósito municipal de detenidos (Sentencia de 25 de enero de 1990, Arz. 501); cuando un jefe de policía local, actuando bajo tal condición, detiene ilegalmente, golpea y asesina de un disparo de su arma reglamentaria a quien ha asaltado sexualmente a su amante, ocurriendo los hechos en los calabozos municipales (Sentencia de 1 de marzo de 1990, Arz. 2316); cuando un agente de la Guardia Urbana de Barcelona, en función de vigilancia y represión del tráfico de estupefacientes, dispara a un marroquí que intentó coger un puñado de almendras de la mesa en la que el procesado se encontraba, junto a otros funcionarios, tomando unas bebidas y todos ellos de paisano (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, Arz. 9661); cuando en el curso de un

⁵⁴ La *culpa in vigilando* en cuanto fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el delito cometido por un funcionario aquejado de graves problemas psíquicos (en concreto, se trataba del llamado «síndrome del Norte»), es también apreciada en la Sentencia de 15 de noviembre de 1993 (Arz. 8581), en la que se lee que «la Administración tiene el deber de vigilar el estado de salud mental de los agentes policiales, especialmente de aquellos que prestan o han prestado servicio en destinos que presumiblemente pueden causar alteraciones más o menos graves de su salud mental, con objeto de adoptar las pertinentes medidas terapéuticas, llegando, incluso, a la separación del servicio activo y retirada de la licencia de armas, por cuanto, de otro modo, tales agentes constituyen un grave riesgo potencial para los ciudadanos».

juego entre dos miembros de la Guardia Civil en el Cuartel donde prestan servicios, uno de ellos fallece a consecuencia de un disparo accidental proveniente del arma reglamentaria del otro (Sentencia de 21 de junio de 1991, Arz. 4780); cuando el procesado, en servicio de patrulla en el interior de un bar, y tras habérsela prestado descargada a un tercero, introduce imprudentemente y con impericia el cargador en su arma reglamentaria, provocando un disparo con la secuela de lesiones graves (Sentencia de 8 de noviembre de 1991, Arz. 7989); cuando en el curso de una persecución se produce la muerte del perseguido a consecuencia de un disparo de arma de fuego fruto de la clara imprudencia del funcionario (Sentencia de 10 de diciembre de 1991, Arz. 9122); cuando por la manifiesta imprudencia de un miembro de la Guardia Civil se dispara el arma reglamentaria impactando a uno de los ocupantes del coche oficial en el que se encontraba en misión de servicio (Sentencia de 16 de mayo de 1992, Arz. 4324); cuando un miembro del mismo Cuerpo causa lesiones graves a un compañero por un disparo producido a consecuencia de un acto relacionado con la instrucción sobre el manejo del arma (Sentencia de 17 de julio de 1992, Arz. 6681); o, en fin, cuando el agente causa una muerte en el curso de una acción policial dirigida a la detención de los ocupantes de un vehículo en el que se sospechaba que transportaban droga, cosa que no resultó ser cierta (Sentencia de 9 de marzo de 1993, Arz. 2163).

En todos los casos anteriores, como digo, la Administración es declarada responsable civil subsidiaria. La verdad es que la comisión del ilícito penal en el desempeño de las misiones policiales parece en ellos fuera de duda, siendo por eso razonable la solución del TS. No obstante, no pocos de los supuestos mencionados provocan un cierto escalofrío, sea por la impericia de los funcionarios actuantes, sea por su clara intencionalidad dolosa. ¿Y acaso puede sostenerse seriamente que la responsabilidad, aunque sea civil subsidiaria, constituye la alternativa financiera que permite asumir que conductas semejantes se produzcan con relativa frecuencia?

4. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA POR DELITOS COMETIDOS FUERA DEL SERVICIO ORDINARIO

Ya se ha hecho mención más atrás a cómo ha decantado la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS el concepto de servicio permanente y a las Sentencias antes reseñadas me remito. La consecuencia básica de la apreciación de que el funcionario actuó en situación de servicio permanente es, en lo que nos importa ahora, la procedencia de declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración pero, por lo mismo, si no hay servicio permanente el patrimonio público no tiene

que responder a través del artículo 22 CP porque va a faltar el requisito esencial de la comisión del ilícito en el desempeño del servicio. En otras palabras, si se actualiza la llamada en la LOFCS dedicación profesional, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración surgirá a consecuencia de la comisión de un ilícito penal por un funcionario de policía; no así en otro caso.

En aplicación de dicho criterio, la Sentencia de 30 de mayo de 1988 (Arz. 4105), estima que no hubo conexión alguna entre el ilícito y el servicio, resolviendo en consecuencia. Un agente que estaba de vacaciones y realizaba prácticas de tiro en una finca tras almorzar con otras personas, trataba de familiarizarse con el manejo del arma que recientemente le había sido asignada y provocó la muerte de una persona, desprendiéndose del relato fáctico que contiene la publicación de la Sentencia que el funcionario se condujo imprudentemente. Pero también se dice que manejó el arma reglamentaria con el propósito indicado (familiarizarse con ella) y buscando prestar así un mejor servicio. Ahora bien, dice el TS,

«indudablemente que esta particular iniciativa suya no supuso en ningún momento una reactivación de su misión oficial, capaz de dotar de vigencia a la responsabilidad subsidiaria del Estado. No puede acusarse intervención alguna del policía en hechos o circunstancias que lo reclamen, ni en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

En la misma línea aplicativa de lo que estrictamente se desprende de la interpretación asentada del artículo 22 CP se expresan otras resoluciones. Así, por ejemplo, la Sentencia de 28 de mayo de 1992 (Arz. 4398) o la de 2 de noviembre de 1992 (Arz. 8868).

Ahora bien, en algún caso se han manifestado síntomas de un cierto descontento jurisprudencial al respecto. Así, la STS de 28 de mayo de 1985 (Arz. 2550) reconoce que los delitos por los que fue condenado un policía nacional se produjeron al margen de los cometidos de su función; consecuentemente, dice el TS, no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. No obstante lo cual, la Sala advierte de su intención de elevar al Gobierno, al amparo del artículo 2 CP, exposición para procurar la reforma del artículo 22 CP, a fin de que puedan incluirse en él supuestos como el contemplado. Y se dice así, sin argumento alguno, sin explicaciones de por qué se pretende hacer tal cosa. Pero lo que en esta Sentencia no se dice, se explicita en las soluciones que incorporan otras. Así, la Sentencia de 4 de marzo de 1988 (Arz. 1561) señala que si un policía de paisano y al margen del servicio que se encuentra en un establecimiento donde expenden bebidas y entra en una discusión con otros dos consumidores

que no excedió «de la banalidad propia de las suscitadas en tales lugares de esparcimiento» ni afectó, siquiera tangencialmente, al desempeño de sus obligaciones profesionales,

«por razones tampoco totalmente aclaradas (...), temeroso de lo que pudieran hacer o intentar los otros, no sólo les volvió a mostrar el carnet profesional y el arma reglamentaria, cuyo cargador extrajo para que se cercioraran de su autenticidad, sino que les invitó a que se identificaran, acto totalmente inmerso en la esfera de su actuación y en el de sus normales atribuciones, todo lo cual evidencia que por más que, inicialmente, se dedicara al solaz y esparcimiento propios de sus horas libres de servicio y destinadas a su asueto, en determinado momento, y en cumplimiento de su deber de servicio permanente, decidió actuar en su condición de agente de la Autoridad al servicio del Estado, asumiendo sus funciones públicas y realizando actos propios y característicos de ella, con lo cual, si se encontraba completamente desvinculado del Estado, cuando se inició el suceso, en el momento medular del mismo, recuperó la vinculación al propio tiempo que ejercía sus funciones encomendadas por la Ley, lo que le ligó de nuevo al ente público de que dependía, cuyo ente público no puede excusarse del cumplimiento de los deberes de resarcimiento que su indudable cualidad de responsable civil subsidiario le imponen».

En otras palabras: si un policía fuera de servicio que se identifica profesionalmente y hace uso del arma de fuego (y en el caso fue condenado por un delito consumado de homicidio y por otro en grado de frustración) a raíz de una discusión privada que le hace temer por su integridad, la Administración debe de responder civilmente de manera subsidiaria. Aun comprendiendo la reacción defensiva del agente, no alcanzo a vislumbrar dónde estuvo la conexión con el servicio porque, al menos en mi opinión, éste no se extiende hasta la resolución expeditiva de disputas particulares.

En esta misma dirección expansiva de la aplicación del artículo 22 CP se encuentra la Sentencia de 12 de marzo de 1992 (Arz. 2442), relativa al proceso seguido contra dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a consecuencia de su vinculación con los denominados Grupos Antiterroristas de Liberación. La Sentencia se inclina a favor de la procedencia de la responsabilidad civil de segundo grado del Estado aun reconociendo que los funcionarios se extralimitaron y se condujeron al margen de las órdenes de sus superiores. Apelando a que la responsabilidad civil subsidiaria se basa en la actualidad en el principio de creación del riesgo y se genera «cuando el responsable crimi-

nal actúa con la anuencia del presunto responsable civil subsidiario»⁵⁵, el argumento de que los condenados se extralimitaron de las funciones que tenían encomendadas no le parece relevante al TS; es más, lo califica de sofisticado porque es la extralimitación, dice la Sentencia, la que provoca la idea de subsidiariedad. Si no se hubieran extralimitado, habría que buscar la responsabilidad de los mandos superiores del Ministerio del Interior, bien en concepto de inductores, bien en el de cooperadores necesarios. Lo anterior supone, reconoce el Tribunal, una interpretación extensiva del artículo 22 CP, no prohibida al tratarse de una cuestión civil y no penal, pero apostilla que no es necesario acudir a esa extensión, pues la interpretación a que llega se desprende del propio tenor literal del precepto, puesto que los procesados en el desempeño de sus servicios actuaron ambos en todos y cada uno de los momentos de la acción delictiva, aprovechándose, además (y esto es importante), de su dependencia orgánica del Estado para utilizar los medios materiales y las facilidades que éste puso a su alcance», sin que en ningún momento sea preciso acudir a la noción de servicio permanente.

Ni que decir tiene que el argumento del TS en este punto se aparta de la línea tradicional y propende a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el mero hecho de ser el autor del delito funcionario de policía. Frente a ello, el Voto Particular del Magistrado De Vega Ruiz, ponente de la Sentencia y que en este concreto punto fue sustituido por el Magistrado García Ancos, va en la dirección opuesta insistiendo en que los delitos se cometieron al margen por completo del servicio, lo que rompe tanto la dependencia como, consiguientemente, la subsidiariedad. Rechazando que al caso fuera aplicable la situación de servicio permanente, el Voto Particular se pronuncia, tras un extenso razonamiento, de manera tajante: «carece de justificación que actuando el agente con un carácter estrictamente particular (si nos atenemos a los hechos probados), sin propia conexión con aquellos deberes de intervención que la normativa impone, se trate de acarrear al Estado la asunción de la responsabilidad civil de segundo grado consignada en el repetido artículo 22».

Las Sentencias últimamente reseñadas se inscriben en una tendencia jurisprudencial sobre cuya pujanza futura nada se puede pronosticar, pero que actualmente parece tener algún peso. En ella, como ya hemos visto que sucede en vía contencioso-administrativa, no falta la

⁵⁵ Anuencia entendida en sentido general, como «al servicio de» o «bajo la dependencia de». En el caso, dice la Sentencia, «se nos aparece con total claridad, por lo antes dicho, que ambos agentes inculcados actuaron siempre y en todo momento cuando se hallaban bajo la dependencia de sus superiores y al servicio (al menos uno de ellos) de un mandato gubernativo por razón de su cargo, aprovechándose ambos de su condición de policías para realizar las acciones criminales objeto de enjuiciamiento y condena».

apelación a la idea del riesgo creado, perfectamente expresada en las siguientes palabras de la Sentencia de 21 de diciembre de 1993 (Arz. 9589), con las que el presente epígrafe toca a su fin:

«Esta obligación (se refiere la Sentencia a la porta de armas fuera del servicio ordinario) importa la creación de un peligro, ciertamente permitido, pero cuyos excesos por parte del funcionario no pueden ser desconectados del ámbito de la responsabilidad de la Administración. En efecto, [si] es indudable que en la medida en que la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable, pues lo pone en manos de personas que pueden actuar más allá de los límites del peligro permitido, sin estar sometidos a ninguna medida de seguridad por parte del Estado, es indudable que también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado. Consecuentemente, una limitación a los daños causados por los agentes en actos de servicio carecería de todo fundamento, pues el riesgo creado va mucho más allá y el principio es que se debe responder por el peligro que se crea.»

5. ¿NO INCIDE DE ALGÚN MODO EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA EN EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL?

La cuestión que quiero plantear ahora queda claramente enunciada en el encabezamiento precedente. Supuesto que la responsabilidad civil de la Administración es directa y objetiva, supuesto que, por eso mismo, es indiferente, a los efectos del resarcimiento a la víctima, que el daño se haya cometido o no con ocasión de un hecho delictivo, ¿debería ser la Administración declarada directa y no subsidiariamente responsable a raíz de un delito cometido con ocasión del funcionamiento de un servicio público?

A este respecto, bueno será recordar que el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 1962 estimó que la responsabilidad de la Administración debía, en caso de delito, ser directa y no subsidiaria. El Dictamen citado analizaba lo dispuesto en el artículo 206 del entonces vigente Código de Justicia Militar de 1945, que regulaba la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército respectivo en caso de insolvencia del culpable o culpables de un delito o falta cometido con ocasión de la ejecución de un acto de servicio reglamentariamente ordenado, sosteniendo el alto Órgano consultivo lo siguiente: salvo que el agente actúe fuera del servicio y con total desconexión del mismo, exista culpa grave o dolo de la víctima y no sea procedente la compensación de culpas, o se trate de fuerza mayor, conforme a las leyes admi-

nistrativas vigentes la Administración debe responder. En consonancia con ello, el Consejo de Estado afirmó que tanto el artículo 206 del entonces vigente Código Penal castrense como el artículo 22 del Código Penal común debían «estimarse derogados en este punto concreto», puesto que desde la regulación de la LEF, su Reglamento y la LRJAE, cuando la Administración ha de responder debe de hacerlo directamente. Y ello, se puntualiza, aunque el particular no se reserve, para su posterior instrumentación en vía administrativa, el ejercicio de la acción civil en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 LECr.

El criterio me parece muy sugestivo pero difícilmente aplicable sin una reforma legislativa tendente a clarificar esta cuestión. Desde luego, los problemas no se encuentran donde quiere localizarlos la Sentencia de 23 de septiembre de 1982 (Arz. 4955), según la cual el régimen de la responsabilidad directa de la Administración sólo entra en juego en caso de inexistencia de infracción criminal; afirmar tal cosa es casi tanto como olvidar qué significa la responsabilidad objetiva y que anudado a tal carácter va el de ser directa. Quizá estriben en que, como dice CÓRDOBA RODA, las disposiciones no penales no pueden tener aplicabilidad ni afectar a la vigencia de las penales⁵⁶, en que los Tribunales penales no pueden considerar otras normas que las penales y aquellas que no lo son pero cuya aplicabilidad se reconoce en las primeras. La única afección posible, apostillo, derivaría del texto constitucional, pero creo que de su artículo 106.2 no se desprende que la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas pase, sin más, a serlo directa y objetiva y a tener que ser declarada así en el proceso penal⁵⁷.

Sea como fuere, la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS sigue aferrada a la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas, cuya evidente desconexión con las disposiciones administrativas parece tratarse de paliar con la extensión aplicativa del artículo 22 CP de modo que, manteniendo nominalmente intacta la subsidiariedad, se tiende bien a objetivar la responsabilidad, aunque no se alcancen íntegramente las cotas a que llega la aplicación de la legislación administrativa vigente, bien a tratar de buscar criterios ampliatorios que no acaban de compadecerse del todo con los tradicionales fundamentos de la responsabilidad civil de segundo grado. Pero tales esfuerzos no son suficientes, cargan con algunos costes dogmáticos y, en fin, en la medida en que se deben a actitudes jurisprudenciales y no a una clara opción legislativa, nada asegura con el suficiente grado de certeza que un cambio de orientación no pueda producirse en el futuro.

⁵⁶ J. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, con G. RODRÍGUEZ MOURULLO, pp. 992-993.

⁵⁷ En sentido contrario, J. LEGUINA VILLA, *op. y loc. cit.* en nota 52.

A resolver la cuestión parecía dirigirse el artículo 122 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal remitido a las Cortes el día 4 de septiembre de 1992, a cuyo tenor:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás Entes públicos, según los casos, responden patrimonial y directamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil y directa de la autoridad, funcionario o agente, la Sentencia se limitará a pronunciarse sobre la misma sin entrar, en ningún caso, a decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad de indemnizaciones.»

El precepto no partía de la reserva de la acción civil, por lo que no entraba en juego el artículo 111 LECr y no hacía falta esperar a la firmeza de la Sentencia penal. Proclamaba, en consecuencia, la independencia de la responsabilidad criminal de la patrimonial, objetiva y directa, que podía exigirse al margen del procedimiento penal y sin tener que aguardar a la resolución firme de éste. Si esta previsión hubiera seguido adelante, se hubiera insertado en el sistema de la responsabilidad de las Administraciones públicas un muy importante elemento de racionalización que, desde mi punto de vista, cerraría satisfactoriamente la estructura de aquél y le conferiría una unidad institucional de la que ahora carece. Sin embargo, como es conocido, el Proyecto naufragó a consecuencia de la disolución anticipada del Parlamento en la primavera de 1993.

El texto que ahora pretende convertirse en el futuro Código Penal es, al menos hoy por hoy, radicalmente distinto al anterior. El artículo 119 del Proyecto reitera lo dispuesto en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, al que ya me he referido, y, en su párrafo primero, dice que

«el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás Entes públicos, según los casos, responden subsi-

diariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de su responsabilidad directa por el funcionamiento de dichos servicios».

Poco o nada viene a resolver este texto de Derecho proyectado. De mantenerse en tales o parecidos términos, prolongará la disfunción institucional que existe hoy día en el sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ningún sentido tiene conservar una cuña de subsidiariedad en un sistema de responsabilidad directa y objetiva, careciendo de fundamento que si en él se hace abstracción de toda idea de culpa, dolo o negligencia y la indemnización se hace depender de la existencia de imputación, causalidad y lesión resarcible, todo ello quiebre si media un delito o falta cometidos en el ejercicio de las funciones propias del agente. La unidad del sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas debe alcanzar al aspecto que se comenta, que no puede seguir regulado conforme a criterios que, explicables en su día, hoy no encajan sino muy forzosamente.

Prueba de ello es que, a la vista del artículo 146.2 de la Ley 30/1992, cuyo texto transcribe, como he dicho, el artículo 119 del Proyecto, si el lesionado opta por el ejercicio conjunto de las acciones civil y penal, la responsabilidad patrimonial de la Administración será sólo subsidiaria, mientras que si, ante los mismos hechos, decide acudir directamente al procedimiento administrativo de reclamación por daños, la responsabilidad de la misma Administración será directa y objetiva. A mi juicio, o bien se elimina la subsidiariedad del Código Penal, o bien se establece que cualquier reclamación indemnizatoria debe articularse de manera exclusiva a través de la legislación administrativa y conforme a los criterios que inspiran a ésta. Esta segunda solución no acaba de convencerme y personalmente prefiero la primera, siempre que, por supuesto, el servicio haya funcionado, pero en cualquier caso lo que no encuentro justificado es el régimen dual hoy vigente que el Proyecto pretende mantener. Si tal pretensión triunfa, de nuevo seguiremos pendientes de lo que los Tribunales puedan decidir sin garantía alguna de que las soluciones sean uniformes en cuanto a los principios que las inspiren.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Ya es hora de concluir. He intentado a lo largo de las páginas precedentes mostrar los términos en los que en la actualidad se aplica el sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños causados por las fuerzas de seguridad. Se han superado las inmunidades y las vacilaciones y la jurisprudencia ha entrado decididamente en un coto otrora casi vedado a las exigencias y requerimientos del Estado de Derecho. Se han llevado hasta sus últimas consecuencias las aspiraciones de una Constitución que, precisamente cuando redacto estas líneas, cumple su decimosexto aniversario; aspiraciones de racionalizar la estructura policial y aspiraciones, también, de situar a la responsabilidad patrimonial en un lugar destacado en el entramado del Estado de Derecho y de la propia configuración constitucional de las Administraciones públicas.

Ahora bien, la propia expansividad del sistema de la responsabilidad patrimonial lleva en sí misma un peligroso germen de efectos no queridos si no se contrapesa adecuadamente con mecanismos de ponderación. Está muy bien que la Administración responda por los daños causados por las fuerzas de seguridad en unos términos tan amplios como los que se han expuesto dada la indudable exigencia de la garantía integral de la víctima; pero el funcionario no debe quedar indemne cuando el Estado paga a consecuencia de actuaciones manifiestamente imprudentes o, incluso, dolosas. Hay que activar, en otras palabras, la responsabilidad personal del funcionario ante la Administración a través de la acción de regreso⁵⁸, con independencia, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que pueda proceder. No se trata de que el erario público recupere íntegramente los caudales que ha abonado en concepto de responsabilidad patrimonial, sino de que, una vez asegurada la garantía de la víctima, no se asegure la impunidad de un funcionario que se extralimita claramente en el ejercicio de sus funciones o que las realiza con notoria imprudencia. La responsabilidad de la Administración no puede repercutir en, por decirlo de algún modo, la relajación profesional de los funcionarios de policía. La responsabilidad no puede servir para eso porque entonces no cumpliría el papel que le corresponde en un Estado de Derecho y que, recientemente, ha recordado L. MARTÍN REBOLLO: el de ser el gozne de las relaciones entre Administración y ciudadanos y correlato de la eficacia de aquélla⁵⁹. Porque si se paga pero no se corrigen las patologías, nada se mejora en términos institucionales. Eso ocurre sea cual

⁵⁸ *Vid.*, en términos generales, L. MARTÍN REBOLLO, *Nuevos planteamientos*, cit., p. 2810.

⁵⁹ L. MARTÍN REBOLLO, *op. ult. cit.*, p. 2800.

fuere el servicio, pero cuando del de policía de seguridad se trata aparece algo que se ha mencionado ya más atrás, aparece el hecho cierto de ser fácilmente identificable el autor material de la lesión y, en consecuencia, el agente patológico. En numerosos servicios públicos, la responsabilidad puede apelar a reformas estructurales abstractas e impersonales; en el de la policía de seguridad la responsabilidad apela, también, a la corrección de conductas individuales.

Hay que distinguir, pues, entre dos planos que son completamente distintos. Si se opta por ampliar la operatividad del sistema por razones de justicia material, a la vez hay que garantizar que la cobertura pública de los daños no se convierta en el escudo protector de un funcionario negligente. Es claro que muchas veces la condena penal será suficiente; pero puede no haber condena por varias razones, o ser una condena breve... Hay que activar, he dicho, la acción de regreso si media dolo, culpa o negligencia grave; posiblemente no sea necesario recuperar la cuantía total de la indemnización abonada, pero de algún modo hay que involucrar al funcionario en las consecuencias patrimoniales de su comportamiento personal claramente negligente. No es ésta, desde luego, la única forma de conseguir una policía profesional y que sirva exclusivamente a los fines y objetivos para cuyo cumplimiento la sociedad pone en sus manos medios coercitivos de gran entidad, pero al menos algo puede contribuir a ese siempre inacabado proceso de racionalización de lo policial, que es casi tanto como decir que de racionalización del Estado mismo en lo que éste ostenta la titularidad de los aparatos represivos.

Documentación

